

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

**ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES
DEL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTA
TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR
LA L.O. 1/2015.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Guillermo Ruiz Blay

Director

Ignacio Ayala Gómez

Madrid, 2018

Son más los que desisten que los que fracasan.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I. CUESTIONES PRELIMINARES	17
I. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, DE SUS REPRESENTANTES Y DEL DELITO DE QUIEBRA EN LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA.	17
1. <i>La situación desde la aprobación del Código Penal de 1973 y la de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de reforma</i>	17
2. <i>La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i>	27
3. <i>Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificativa del Código Penal</i>	29
4. <i>Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código Penal</i>	31
5. <i>Algunos aspectos destacados de la reforma del Código Penal de la LO 1/2015</i>	34
II. LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DESDE NUESTRO DERECHO HISTÓRICO PRECODIFICADO HASTA NUESTROS DÍAS.....	38
1. <i>Las penas impuestas al deudor en nuestro derecho histórico</i>	38
2. <i>La codificación penal en España desde el siglo XIX</i>	45
III. UNA BREVE PERSPECTIVA ANGLOSAJONA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.	50
IV. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS.	53
1. <i>Las causas más notables de la expansión del derecho penal</i>	55
2. <i>La posición de la víctima en el delito tras las reformas legislativas</i>	68
3. <i>Otros tres factores de expansión del derecho penal: el descrédito de otras instancias de protección; la orientación política de los “nuevos gestores de la moralidad” y el desprecio por la formalidad</i>	71
4. <i>El Derecho penal del enemigo como epílogo de la expansión del Derecho penal</i>	76
5. <i>Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del derecho económico</i>	77
CAPITULO II. EL BIEN JURÍDICO.....	82
I. EL BIEN JURÍDICO Y EL DERECHO PENAL ECONÓMICO.	82
II. EL BIEN JURÍDICO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA.	98
III. LOS BIENES JURÍDICOS EN EL TÍTULO XIII DEL CÓDIGO PENAL.....	106
1. <i>La propiedad</i>	111
2. <i>El patrimonio y sus distintas concepciones: jurídica, económica y personal</i>	112

3. Elementos integrantes del patrimonio	118
IV. EL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE CONCURSO FRAUDULENTO.....	129
1. Las posiciones patrimonialista y metrapatrimonialistas.....	129
2. Los distintos bienes jurídicos valorados en la doctrina como propios de este delito.	137
V. APLICACIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 CP	146
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DELITO DE	
INSOLVENCIA FRAUDULENTO.	151
I. CONCEPTO Y CONDUCTA BÁSICA DEL DELITO DE LAS INSOLVENCIAS FRAUDULENTAS.	151
II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS FRAUDULENTAS EN NUESTRO	
ORDENAMIENTO JURÍDICO.	153
1. La regulación de las insolvencias punibles en la etapa de Pre-codificación.....	153
a. Las insolvencias en el Derecho romano.....	153
b. Las insolvencias en el Derecho medieval.....	158
c. La prisión por insolvencias en el Liber Iudiciorum.....	158
d. La prisión por insolvencias en el derecho aragonés y castellano.....	160
i. La prisión por deudas anterior a 1436.	160
ii. La prisión por deudas durante los siglos XI, XVI y XVII.....	162
iii. La prisión por deudas a partir del siglo XVIII	164
III. LA REGULACIÓN DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA	
ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995.....	166
1. El Código de 1870.....	167
a. Antecedentes históricos	167
b. La regulación de las insolvencias punibles	168
2. El Código Penal de 1928.....	178
a. Antecedentes históricos	178
b. La regulación de las insolvencias punibles	178
3. El Código Penal de 1932.....	184
4. El Código Penal de 1944.....	186
5. El Código Penal de 1973 y la reforma urgente de 1983.....	189
IV. LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 TRAS LA REFORMA	
DE 2015	192
1. Antecedentes históricos.....	192
2. La regulación de las insolvencias punibles.....	194
3. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica	
10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	200
4. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.....	202

a. El incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad.....	206
b. Inexactitud grave en la documentación de concurso.....	209
c. Apertura de la liquidación de oficio a causa de incumplimiento o causa del concursado.....	211
d. Alzamiento de bienes y obstaculización de embargos.....	211
e. Salida fraudulenta del patrimonio del deudor.....	214
f. Actos para la simulación patrimonial ficticia del concursado	216
5. <i>Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....</i>	<i>217</i>
6. <i>Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....</i>	<i>219</i>
a. Conductas tasadas que afectan al patrimonio del deudor.....	224
b. Conducta de cierre	237
c. La conducta del artículo 259.2.....	241
7. <i>El deber de diligencia concretado en otros deberes específicos: fidelidad, competencia, profesionalidad, atención, prudencia, vigilancia e información.</i>	<i>242</i>
8. <i>La conducta imprudente.....</i>	<i>248</i>
9. <i>La conducta agravada del artículo 259 bis.....</i>	<i>251</i>
a. Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.....	252
b. Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.....	253
c. Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.....	255
10. <i>La conducta de favorecimiento ilícito de acreedores.....</i>	<i>256</i>
11. <i>La responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	<i>258</i>
CAPÍTULO IV. EL TIPO SUBJETIVO	262
I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS CONCURSALES Y PENALES.	262
II. DELITO IMPRUDENTE.	277
III. ESPECIAL ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO	284
IV. EL DOLO EN LA INSOLVENCIA PUNIBLE DEL ARTÍCULO 259 CP.....	287
CAPÍTULO V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	304
I. LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA ACTUAL O INMINENTE.	307
II. AUTORÍA Y COAUTORÍA	309
III. AUTORÍA MEDIATA Y PARTICIPACIÓN.....	313
IV. COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD.	318
V. ACTUACIÓN EN NOMBRE DE OTRO	323
VI. EL AUTOR EN EL DELITO CONCURSAL: EL DEUDOR	328
VII. PARTICIPACIÓN DEL “EXTRANEUS”	331

VIII. COMISIÓN IMPRUDENTE	332
IX. DELIBERADA IGNORANCIA DE LA LEY	333
CAPÍTULO VI. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	339
I. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	349
II. LA PERSONA FÍSICA AUTORA DEL HECHO DELICTIVO, PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.....	354
1. <i>El representante legal o persona autorizada para tomar decisiones o que ostenta facultades de organización y control en la persona jurídica:</i>	355
2. <i>Quien esté sometido a la autoridad de los anteriores.</i>	360
III. REQUISITOS COMUNES A AMBOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.	364
IV. REQUISITOS DIFERENCIALES DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.	375
CAPÍTULO VII. LAS PENAS DEL ARTÍCULO 259 CP	387
I. LOS MÁS RELEVANTES TEXTOS DEL CP QUE PRECEDIERON A LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.....	388
II. LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL	392
III. LAS REFORMAS MÁS DESTACADAS DE LO 10/1995.	394
IV. LAS PENAS ASOCIADAS AL DELITO.....	406
V. LAS EXENCIONES Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.	407
VI. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS.....	412
VII. LA "ALARMA SOCIAL" Y SU RELEVANCIA —ACTUAL O EVENTUAL— PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS AQUÍ EXAMINADOS.	416
VIII. LA COMISIÓN IMPRUDENTE.....	418
CONCLUSIONES	426
BIBLIOGRAFÍA	433
JURISPRUDENCIA CITADA	462
RESUMEN.....	468

Abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AHDE	Anuario de Historia de Derecho Español
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
EM	Exposición de Motivos
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscalía General del Estado
INE	Instituto Nacional de Estadística
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGT	Ley General Tributaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSC	Ley de Sociedades de Capital
PJ	Persona jurídica
PYME	Pequeña y mediana empresa
RD	Real Decreto
RPJ	Responsabilidad de la persona jurídica
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La incidencia del derecho penal en las relaciones económicas y en la vida empresarial y societaria, especialmente en situaciones de crisis , ha suscitado multitud de estudios en estos años del siglo XXI y profundos cambios legislativos, realidad a lo que no ha sido ajeno nuestro sistema jurídico . Buena prueba lo constituyen las muy profundas reformas del Código Penal, de la Ley Concursal y la sustitución de la Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas por la Ley de Sociedades de Capital desde el año 2000 hasta el presente.

Por consiguiente, se pone de manifiesto la relevancia del estudio de la regulación penal en este sector de la vida económica de nuestro país, de la tipificación de ciertas conductas de índole económica, y no sólo desde la perspectiva teórica, sino también desde la praxis, La reforma del Código penal operada en el año 2010 ha incidido de especial manera en ámbitos de especial importancia: no sólo se han reformado los Capítulos del Código Penal dedicados a los delitos patrimoniales y socioeconómicos, sino que se ha regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas como actores principales que son de la vida económica del país, lo que ha obligado a los tribunales penales a enfrentarse a la criminalidad económica con un alcance que hasta ahora era desconocido en nuestro Derecho.

Los incentivos de las personas jurídicas para colaborar con las autoridades en la prevención, investigación y sanción de conductas que puedan llegar a ser consideradas delictivas –entre las que se encuentra la insolvencia fraudulenta– y el ámbito de su responsabilidad, es un campo que no ha hecho sino comenzar a abrirse al trabajo de la jurisprudencia y la doctrina, que se va a ver enfrentada a la muy necesaria delimitación del alcance del derecho de defensa, que viene padeciendo una significativa merma con cada reforma legislativa, en relación tanto a las personas jurídicas como físicas, así como también con relación a la descripción de las conductas.

Todo ello justifica el estudio de la concreta figura delictiva de la insolvencia punible en un momento -como el actual- en el que el número de procesos concursales disminuye y puede enfrentarse una regulación más reposada de las situaciones de bancarrota, sin la premura que los tiempos de crisis han marcado, con el objetivo de conciliar la protección de los acreedores y el respeto a los principios del derecho penal; la necesidad de converger con el resto de legislaciones penales de países europeos y extranjeros y respetar nuestra tradición legislativa criminal.

OBJETIVO, METODOLOGÍA Y MEDIOS

Tras la extensa reforma de 2015 sufrida por nuestro Código penal vigente se presenta como pertinente un repaso a las figuras de delitos patrimoniales y económicos de los que la insolvencia punible ha sido, en su configuración anterior a esta fecha, paradigma, si bien ahora con un nuevo capítulo dedicado a ella y una redacción diversa de su contenido tradicional, adquiere una dimensión nueva en este siglo, que en su contenido no es completamente ajena a su pasado histórico en los Códigos penales españoles del siglo XX.

El objetivo de este trabajo ha sido enmarcar el delito de insolvencia fraudulenta en el espacio del Derecho penal económico para proceder a continuación a realizar un análisis de los aspectos fundamentales de la reforma, a los cuales se dedica cada uno de los capítulos, empezando por la determinación del bien jurídico objeto de protección en esta nueva redacción y proceder después al análisis del resto de aspectos desde esta base.

Se ha tratado de colocar cada una de las modificaciones analizadas, sobre todo la descripción de la conducta típica, en su contexto histórico

describiendo sus elementos más destacados como una primera y necesaria aproximación al nuevo tipo.

La necesidad de afrontar el estudio histórico para adquirir una perspectiva ajustada a la realidad de la figura de la insolvencia fraudulenta se hizo palmario desde los inicios de la investigación. Desde esa citada perspectiva histórica se ha tratado de enmarcar el estudio de diversos elementos del tipo haciendo un rápido repaso a las cuestiones esenciales del derecho histórico tanto de época romana como medieval, aunque no puede negarse que el polo de atracción e interés se encuentra actualmente en la novedosa responsabilidad de las personas jurídicas que ha hecho necesario estudiar tal responsabilidad al menos en cuanto a la posible autoría de este delito, pues los recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremos a este respecto exigían un comentario, más aún cuando el tipo del artículo 259 se completa con el posterior 261 CP que establece consecuencias específicas para el caso de que una empresa sea considerada responsable de los hechos.

En nuestro caso hemos acudido al análisis literal, teleológico y sistemático del tipo; se ha acudido a los manuales, monografías y doctrina penal destacada tanto por su contenido como por su autor, pero también, en este caso de reforma legislativa, a los trabajos legislativos que han afectado al delito estudiado y los informes relacionados con ella.

Los autores consultados son en su mayoría españoles o de habla castellana, habiendo consultado determinadas traducciones de destacados autores alemanes con amplia y profunda influencia en nuestro Derecho penal patrio. La consulta se ha realizado tanto en libros físicos como en publicaciones digitales, acudiendo a las obras más señaladas en relación con el delito concreto analizado y, por supuesto, a los trabajos en relación con la reforma del Código penal del año 2015.

La jurisprudencia analizada es eminentemente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien se cita en ocasiones jurisprudencia menor o de otras Salas del Tribunal, así como del Tribunal Constitucional, accedidas todas ellas desde bases de datos comerciales, principalmente Aranzadi Digital.

Dado que se trata de un delito susceptible de ser “noticiable”, se recogen en el trabajo unas pocas de las muchas noticias surgidas en los medios de comunicación sobre este particular en un apartado específico.

CAPÍTULO I. CUESTIONES PRELIMINARES

I. La responsabilidad de las personas jurídicas, de sus representantes y del delito de quiebra en la Democracia española.

1. La situación desde la aprobación del Código Penal de 1973 y la de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de reforma .

La entrada en vigor de la Constitución y la necesidad de adaptar la legislación penal al nuevo régimen democrático y de derecho surgido en España con la aprobación de la Constitución en 1978, provocó muchas y muy variadas reformas del Código Penal aprobado en 1944 y modificado en 1973¹. No sólo el cambio de época, sino también la existencia de lagunas punitivas² forzaron la modificación del texto para adaptarlo a las necesidades sociales.

El Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre –que se ha mantenido vigente hasta el 05 de Julio de 2010– contenía en la Sección 1ª “Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles” del Capítulo IV “De las defraudaciones”, del Título XIII “De los delitos contra la propiedad” del Libro II de los “Delitos y sus penas” los dos artículos, 520 y 521 CP, que hacían referencia a la quiebra punible.

¹ NEILA NEILA, J.M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 19.

² Ejemplo de ello es la ausencia de precepto específico que atribuyese con carácter general una responsabilidad de orden penal a aquellos que actuaban por cuenta de las personas jurídicas.

Estos dos artículos fueron modificados por el artículo 4 de la LO 8/1983 de 25 de junio:

Artículo 4. Las expresiones «presidio mayor» o «presidio menor» quedan sustituidas por las expresiones «prisión mayor» o «prisión menor», respectivamente, en los siguientes artículos: 269, 270, 272, 273, 275, 277, 278, 280, 285, 291, 292, 295, 296, 299, 302, 303, 305, 306, 325, 326, 385, 386, 394, 400, 468, 470, 509, 519, 520, 521, 524, 540, 542, 544, 546 bis, a); 549, 550, 551, 552, 554, 556 y 558.

Quedaron así ambos artículos redactados tras la LO 8/1983 como sigue:

Artículo 520

El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor.

Artículo 521

El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de prisión menor.

Ambos artículos ponen de manifiesto una evidente y excesiva vinculación de los tipos penales a la legislación mercantil y al resultado del proceso de quiebra que pudiera seguirse contra el empresario.

En nuestro caso, aunque es también especialmente destacable la ausencia en dicho Código, incluso tras su reforma en 1973, de una cláusula que responsabilizase a las personas físicas que actuaban por cuenta de las jurídicas

o de otras personas físicas, ésta había sido cubierta por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal que en sucesivas resoluciones esbozó una teoría de la responsabilidad dirigida a no dejar impunes las conductas delictivas practicadas por cuenta y en nombre de personas jurídicas, hasta que la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal introduce el **artículo 15 bis**, como solución legislativa de tal laguna y que se mantuvo en vigor hasta la aprobación del Código Penal de 1995 con la siguiente redacción:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio³ recoge lo antes expuesto:

“Junto a la reflexión, que conduce a la necesidad de disponer de tiempo para redactar un nuevo proyecto, el Gobierno ha contemplado la urgencia de abordar una serie de problemas existentes en nuestra realidad penal y penitenciaria, cuya trascendencia es de tal magnitud que su solución no puede dilatarse por más tiempo, y ello no solo por la gravedad intrínseca de ciertas situaciones, sino también porque la tarea antes expuesta de revisión del proyecto del Código Penal requiere un período de reflexión más profundo.”

³ BOE 27 junio 1983, núm. 152, [p. 17909].

Y casi con aires de actualidad del siglo XXI, aunque sólo sea por el contexto económico que se describía en la citada Exposición de Motivos, ésta continúa desarrollando las razones de la introducción del artículo 15 bis en el Código Penal:

“Evidentemente, la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho Penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebidos para tales hechos. El problema se agranda cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificulta la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requieren que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras Leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo art. 15 bis, que amplíe los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual art. 14. La, al principio expuesta, exigencia de dolo o culpa para poder derivar responsabilidad criminal disipa cualquier temor en relación con los aparentes peligros que entrañará la aplicación de la regla que se incorpora”.

La introducción de este artículo 15 bis facilitó la base legal que la jurisprudencia anhelaba para aplicar esa responsabilidad derivada, sin tener que acudir al argumento de las graves consecuencias que la impunidad denunciada conllevaba.

Es relevante destacar que la incardinación del artículo se produjo en el Libro I del Código Penal, con los caracteres de generalidad que esa colocación sistemática supone, y la constitucionalidad del precepto quedó reconocida expresamente en la STC de 20 de julio de 1993 (sentencia 253/1993, de la sección 1ª) para los supuestos de delito especial propio. Si bien el Tribunal Constitucional se manifestó en 5 ocasiones entre 1983 y 1995 sobre el citado artículo 15 bis del Código Penal: “3. A fin de apreciar la alegación del recurrente se impone una inicial consideración sobre el mencionado precepto. Su incorporación al Código Penal, en efecto, **no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva** que hubiera de actuar, indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. **Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio**, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis C.P. tuvo el sentido de conceder cobertura legal a **la extensión de la responsabilidad penal en tales casos**, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Mas, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de **quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real**

participación en los hechos de referencia **como la culpabilidad** en relación con los mismos”.

Es lógico destacar de aquella LO 8/1983 no sólo esta novedad, sino también la desaparición de la agravante de “multirreincidencia”, pues dicha agravante se recuperó posteriormente en la reforma del CP provocado por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que en su artículo primero modifica el artículo 66 del Código Penal para los delitos y faltas cometidos exclusivamente por personas físicas contra el patrimonio.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983 hacía referencia a la desaparición de esta agravante de forma específica: Mayor alcance tiene, sin duda, la simplificación de la formulación legal de la reincidencia, pues no sólo se funde en una sola descripción la reincidencia y la reiteración, sino que, además, se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia, establecidos hasta ahora en el art. 61, 6.º, del Código Penal. Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio «non bis in idem», puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.

Esta agravante, como decíamos, volvió al Código Penal y es de aplicación únicamente a las personas físicas, no a las personas jurídicas, lo que

en pura lógica penalista no parece tener mucho fundamento, toda vez que las personas morales son capaces de reincidir en conductas delictiva y de ello pueden ser ejemplos más obvios el delito medioambiental y el delito fiscal en los que no sólo puede apreciarse la continuidad delictiva, sino también la reincidencia.

Sólo una ley anterior a la ejecución de un hecho que se describe como delito cumple con las exigencias del principio de legalidad. Dicha ley deberá explicitar cuál será la pena para quien lleve a efecto tal acción, pues “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”. Éste respeto al principio de legalidad ha de ser el contenido mínimo de una norma penal en un Estado Democrático de Derecho ⁴, pues dicho principio no es sólo una limitación formal, sino una lógica necesidad de la tipificación de conductas, que han de ser motivadas y advertidas a la sociedad a través del órgano de representación de la misma como es el Parlamento⁵, lo cuál será garantía de su constitucionalidad junto al cumplimiento de la obligación de que dicha norma sancionadora sea escrita, cierta y previa.

“*Tempus regit actum*” y por tal motivo no es deseable un excesivo cambio en las leyes que determinan sanciones por acometer determinadas conductas, si bien esta realidad del cambio social y la necesidad de adaptación de la norma a la misma, es al tiempo justificación y crítica de la norma penal en blanco, tanto en su configuración como “propia” o “impropia”, y, especialmente, en el ámbito penal económico. Como decimos, se justifica el empleo de la técnica legislativa de remisión a normas extrapenales por el

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch Editor, 1992, p. 232.

⁵ GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico: parte general*, Grijley, Lima, 2007, p. 131.

carácter cambiante, flexible o complejo de la materia legislada, por la rápida evolución social y económica que exigiría una revisión demasiado frecuente de las acciones prohibidas u ordenadas por la Norma⁶.

La irretroactividad de las normas penales busca evitar la arbitrariedad del gobernante que pretenda convertir arbitrariamente y “ex post facto” determinadas conductas en delictivas, vulnerando la seguridad jurídica de que han de gozar los ciudadanos. Por eso, la retroactividad de la ley penal más favorable, se justifica por la existencia de normas que reducen la punibilidad de una conducta o que eliminan un hecho determinado del ámbito de lo punible; o sea, se funda en la proporcionalidad y en la necesidad de la pena⁷.

En un Estado Democrático de Derecho, la justificación del uso del “*ius puniendi*” debe cumplir cinco condiciones: a) que el fin perseguido por el Estado sea en sí mismo legítimo; b) que el medio utilizado para alcanzar dicho fin sea, también, en sí legítimo; c) que tal medio sea idóneo para alcanzar dicho fin; d) que el medio empleado sea necesario para alcanzar el fin; y, e) que la afectación del derecho sea proporcionada con la realización del fin perseguido. Por este motivo, constitucionalmente se admite una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, cual es la aplicación retroactiva de la ley penal dictada con posterioridad a la comisión del hecho⁸, en caso de que ésta sea más

⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, 2016, p. 123.

⁷ PÉREZ LUÑO, A-E., *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 8.

⁸ HUERTA TOCILDO, S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 13, 39, 1993, p. 13. A lo largo de los últimos quince años, el principio de irretroactividad ha recobrado aún mayor importancia ante una generalizada praxis constitucional que le ha otorgado el rango de derecho fundamental, deducido directamente ahora del art. 25.1 CE en vez del artículo 9.3 CE del que, interpretado a sensu contrario, se impedía el acceso al amparo, hasta que se

favorable para el acusado, pues político criminalmente la valoración legal de dicha conducta al momento de sentenciar es menos gravosa que al momento de su comisión⁹.

La prohibición de retroactividad se ve enfrentada a dos situaciones como es (i) la continuidad del injusto, si bien es modificado en su descripción de la conducta o de la penalidad aplicada a la misma, y (ii) la creación de un tipo penal nuevo, lo que no puede conllevar excepción al principio de prohibición de la retroactividad pues la conducta no era considerada delictiva en el momento de los hechos.

Acerca de si las normas complementarias a una ley penal pueden tener efectos retroactivos favorables al reo o no han existido diversas posturas¹⁰, si

vinculó en la jurisprudencia del TC al art. 17.1 CE, gozando, por tanto, de protección en amparo, cuestión confirmada con el empleo del artículo 25.1 CE. Precisamente, la elástica indeterminación de lo formulado en este precepto ha precipitado, un método de interpretación que podríamos calificar de abiertamente extensivo, ya que ha sabido extraer del art. 25.1, *in bonam partem*, mucho más de lo que su tenor literal en verdad expresa.

⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal: parte general*, Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 116 y 122.

¹⁰ J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2001, p. 47 y ss. ; J. M. SILVA SÁNCHEZ, “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las «Leyes en Blanco»”, *Estudios penales y criminológicos*, 16, 1992, p. 715 y ss. Como contrarias al efecto retroactivo se señalan (i) la teoría de la diferenciación entre ley y norma, que no reconoce este efecto a normas con categoría inferior a la ley, y (ii) la teoría de la desobediencia que sostiene que la esencia del injusto penal radica en la desobediencia a la norma de determinación, que obliga a cumplir las leyes y reglamentos con independencia de su contenido, y resulta que la modificación del contenido de la norma penal no afecta la norma de obedecer que sigue inalterable; en cambio, como favorables a reconocer tal efecto retroactivo, están (i) la teoría unitaria; (ii) teoría de la modificación por razones fácticas, No existe aplicación retroactiva de la modificación a la norma complementaria, cuando dicha modificación se refiere sólo a una

bien nosotros entendemos que sí ha de beneficiarse el reo de la modificación de elementos objetivos contenidos en normas extrapenales, cualquiera que sea el rango de estas, como, por ejemplo, sucede en el delito fiscal con el límite cuantitativo para la persecución del mismo¹¹.

Con la reforma de 2015 del artículo 259 CP (antes art. 260 CP) la descripción de las conductas propias de la insolvencia punible pueden incluirse dentro de las normas penales en blanco propias e impropias con reenvío externo, pues las referencias más claras son al principio de diligencia en los negocios¹², que habrá de extraerse de la normativa mercantil en sentido amplio, y a la infracción de deberes de contabilidad y de conservación de información, que se recogen en un amplio abanico de normas.

Menos problemática será la remisión a la LC acerca de la declaración de concurso, pues aunque se trate de un elemento central del tipo que se configuró como elemento de perseguibilidad –o procedibilidad, según los autores, como

modificación o cambio de circunstancias; pero, si tendrá efecto retroactivo, en caso de que signifique un cambio en la valoración jurídica; (iii) sólo procede en caso de que la modificación de la norma complementaria afecte al núcleo del injusto; (y iv) teoría de los especiales fines del Derecho penal, requiere que la “ratio legis” de la modificación responda a una modificación de la valoración jurídica del hecho y no a un mero cambio fáctico de las circunstancias, porque en este último caso el comportamiento realizado en un momento anterior sigue desvalorado y es sujeto a sanción penal.

¹¹ BALDOMINO DÍAZ, R.A., “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 7, 2009, p. 10.

¹² Especialmente relevante resultará la elaboración teórica y doctrinal, recogida en el artículo 226 LSC por primera vez, acerca de la “*business judgement rule*” o “protección de la discrecionalidad en la toma de decisiones empresariales”, que ya se recogía en la jurisprudencia en la que se ha reconocido un ámbito de inviolabilidad de las decisiones empresariales en aquéllos casos que se realice sin interés personal y dentro del marco legal y estatutario aplicable y con un mínimo de información diligente en la adopción de la decisión.

más adelante veremos– y ahora puede superarse al preverse en el apartado 4 del artículo 259 CP que “este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”, trasladando la problemática a la determinación de que se entiende por “cumplimiento regular” y qué “obligaciones exigibles” serán las que puedan justificar la persecución penal de una situación de insolvencia por considerarla fraudulenta.

2. *La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

El Código Penal de 1995 entró en vigor el 24 de mayo de 1996 y en lo que aquí importa, mantuvo en su artículo 31 la extensión de la responsabilidad penal a aquellos que actúan por cuenta y en nombre de una persona jurídica:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Modificado este artículo por la Ley Orgánica número 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 25 de noviembre, quedó redactado como sigue:

“1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de

delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.”

Finalmente, el número 2 del artículo 31 fue suprimido por el apartado tercero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

En las sucesivas reformas el Legislador ha mantenido la subsidiariedad en la responsabilidad de las personas jurídicas ampliando, eso sí, el concepto de “representación” contenido en el artículo y que alcanza no sólo a la representación legal, sino también a la voluntaria de personas físicas y jurídicas¹³.

¹³ Ver STS Sala 2ª de 22/12/95 que resume la aplicación en el orden penal de la responsabilidad derivada antes de la aprobación de este artículo 31 CP. Aunque ha existido la duda de si dicho artículo debía aplicarse siempre que el delito se cometiese

3. *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificativa del Código Penal*

Esta norma de modificación del Código Penal justificaba en su Exposición de Motivos la reforma: La iniciativa reformadora se ha planteado en distintos ámbitos. Ya en 1998 el Congreso de los Diputados aprobó una Resolución instando al Consejo General del Poder Judicial a estudiar la efectiva aplicación del Código Penal, detectando los problemas que la misma comportaba. El citado Consejo General rindió su informe el día 12 de julio de 1999 con el análisis de aquellos aspectos que han planteado mayor complejidad en la aplicación del nuevo Código.

Asimismo, el Presidente del Gobierno, en su discurso de investidura ante el Congreso de los Diputados, celebrado el día 25 de abril de 2000, anunció la reforma del proceso penal, del sistema de penas y del control de su cumplimiento, y la intención del Gobierno de encomendar a una comisión técnica el correspondiente estudio previo.

La reforma se centraba esencialmente en el régimen de penas y su aplicación, si bien pretendía la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas *“con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual”*.

Existía un deseo de depurar la sistemática del Código conservando su coherencia, y en relación al artículo 31 afirmaba el apartado 1) de la Exposición de Motivos:

por sociedades (cuestión que ya se planteaba con el artículo 15 de la reforma de 1983) o si sólo procedía su aplicación en el caso de delitos especiales propios.

L) Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso.

Atiende esta amplia reforma a la actualización de determinados artículos, no sólo por pasar a determinar las cuantías económicas de los distintos tipos en euros, sino también por la adaptación efectuada en los delitos socioeconómicos con relación a la normativa aprobada o incorporada entre 1995 y el año 2003, especialmente la Ley Concursal, quedando redactado el artículo 260 CP como sigue:

1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.
2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.
3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la

continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

Con motivo de esta reforma se eliminaron los términos “quiebra” y “suspensión de pagos”, conservando el resto del artículo intocado en cuanto a las penas y elementos del tipo, que ha estado vigente desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003 el 1 de octubre de 2004.

4. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código Penal.

La aprobación de esta norma de alteración del Código Penal introduce el artículo 31 bis en el Código Penal en virtud del apartado 4 de su artículo único, al tiempo que se deroga el apartado 2 del artículo 31, como ya hemos explicado.

Dicho artículo 31 bis supone la introducción de un elenco de circunstancias y situaciones en las que la Sociedad de Capital podrá ser imputada por razón de la actuación de las personas físicas que actúen en su nombre.

Por tanto, conviven un régimen de responsabilidad del Administrador como persona física actuante (artículo 31 CP) con la del ente moral de la que aquel forma parte como representante (artículo 31 bis CP). Y ambas conductas corresponde la sanción prevista por el hecho punible, por mor del apartado 2 del artículo 31 bis:

2 . La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior , aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella . Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa , los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías , de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos .

Con todo, dicho artículo 31 bis CP no ha estado exento de polémica en su formulación, especialmente por su apartado 5, que excluía de la aplicación de tal artículo a los partidos y sindicatos, lo que fue modificado la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre que modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social y que en el apartado II de su Preámbulo exponía:

En primer lugar, se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.

El propio Ministerio Fiscal encontraba pocos argumentos para explicar determinadas exclusiones de responsabilidad y, en especial, con referencia a los partidos políticos y sindicatos afirmaba en su Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.

Se excluye también del régimen de responsabilidad a los partidos políticos, sometidos al sistema sancionatorio previsto en la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio, de Partidos Políticos, y a los sindicatos, como consecuencia de las funciones constitucionales que ambos están llamados a cumplir y siempre que no sean constituidos con las intenciones a que hace referencia expresa el último párrafo del precepto. La norma no menciona a las organizaciones empresariales, que por tanto se deben entender potenciales responsables penales.

Siendo la ya citada Ley Orgánica 7/2012¹⁴ la que corrigió este artículo incluyendo a los partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad; suprimiendo la excepción del apartado 5 del artículo 31 bis, exigiendo responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por cuenta y beneficio de la sociedad, por sus representantes legales y administradores o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.

¹⁴ Cuya reforma mejora la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público y aprueba las reformas necesarias para sectores económicos que se encontraban afectados por la crisis económica de 2007.

5. *Algunos aspectos destacados de la reforma del Código Penal de la LO 1/2015.*

La reforma más profunda del CP desde las de 2003 y 2010 ha destacado por suprimir el libro dedicado a las faltas y crear la categoría de “delitos leves”; por la modificación del régimen de suspensión de las penas y la reforma de la figura del comiso¹⁵ (llamado ahora “decomiso”) o la instauración de la prisión permanente revisables; y por modificar determinados delitos de la partes especial, de los que aquí interesa destacar la delimitación entre la administración desleal y la apropiación indebida de los artículos 252 y 254 CP¹⁶; la distinción entre insolvencias punibles y frustración de la ejecución (Artículos 257 a 260, 263, 264 a 264 quater, 265, 266, 268 CP)¹⁷; y el refuerzo punitivo de los delitos de corrupción en los negocios.

Se establece una separación dentro de los delitos de insolvencia punible, distinguiendo entre aquellos que obstaculizan la ejecución (como la ocultación de bienes y la utilización por el depositario de bienes embargados) y los delitos de insolvencia o concurso fraudulento. Así, dentro de los delitos de insolvencia se establece una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución (alzamiento de bienes y delitos de insolvencia o bancarrota). En los delitos de frustración de la ejecución, junto al alzamiento de

¹⁵ El decomiso se extiende a nuevos delitos, se establece el decomiso ordinario y el decomiso ampliado, se abandona la distinción entre los delitos contra la salud pública y el resto de tipos delictivos., insertando la posibilidad de decomisar bienes de terceros y con carácter previo al dictado de sentencia que sea firme.

¹⁶ La regulación de la administración desleal se desplaza desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales porque es un delito contra el patrimonio, no sólo societario, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad.

¹⁷ Se establece una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota.

bienes, se tipifican: La ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la Autoridad. También se establece un tipo agravado cuando se causen perjuicios económicos de especial gravedad a una multitud de personas o cuando la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Sobre la insolvencia punible destacó el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que el autor será el deudor, siendo problemáticos los supuestos en que las facultades de administración y disposición estén cedidas a un tercero; de las conductas enumeradas en el apartado 1 del artículo 259, la mayoría podrán ser llevadas a cabo por la persona jurídica y, conforme al artículo 31.1 será atribuible la responsabilidad a los administradores o representantes a que alude el mismo artículo.

Sin embargo, otros comportamientos de carácter eminentemente factual, como la destrucción o daño de elementos patrimoniales, libros contables o documentación empresarial, difícilmente podrían atribuirse a los administradores o representantes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo, lo que, según el CGPJ, aconseja ampliar el círculo de posibles autores.

Destaca también el Informe que el artículo 2.2 de la Ley Concursal recoge que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones, siendo la insolvencia un requisito esencial para la aplicación del artículo 259.1 CP, parece que nada aporta el apartado 4 del artículo añadiendo como requisito de perseguibilidad no sólo la declaración de concurso, sino también el supuesto fáctico descrito como que “el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”; pero es más que posible que el legislador esté pensando en aquellos supuestos

en que el deudor, por las circunstancias del caso, decide no declarar el concurso a pesar de encontrarse en una notable situación de insolvencia e incumplimiento de sus obligaciones para con sus acreedores, pues la conducta delictiva puede producirse en cuanto devenga la situación de insuficiencia patrimonial.

El Informe del CGPJ destacaba repeticiones en la redacción y señalaba que varias de las conductas recogidas en el tipo penal estaban emparentadas con las causas determinantes de la culpabilidad del concurso (artículo 164 de la Ley Concursal), tales como el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad o la simulación de créditos de terceros o el reconocimiento de créditos ficticios.

Si bien es notable que el apartado segundo, al referirse a los casos en que las conductas del apartado primero causen la situación de insolvencia, provoca una gran limitación de la aplicabilidad del apartado primero, que sólo se aplicará cuando tales conductas agraven la situación de insolvencia; pero lo cierto es que el CGPJ criticó que ese apartado segundo contuviese un subtipo agravado por la sola razón de causar la insolvencia a través de las mismas conductas que constituían el tipo básico, lo que suponía un solapamiento y la aplicabilidad del tipo agravado frente al tipo básico del apartado 1, razón por la cual se acabó estableciendo la misma pena en los apartados 1 y 2 para que tanto la causación como la agravación de la insolvencia fuesen parte del tipo básico.

En este contexto, el artículo 259 bis recogía cuatro supuestos agravados que quedaron en tres, toda vez que dos de ellos se referían por igual a un perjuicio patrimonial relevante a una pluralidad de personas o de ponerlas en una grave situación económica. Para la consumación del delito basta con la creación de un riesgo, en los términos indicados, sin necesidad de que se

produzca el perjuicio efectivo. El CGPJ no puso objeciones al contenido de estos subapartados agravados.

Finalmente, en lo que a los delitos de insolvencia se refiere, el artículo 260 tipifica dos comportamientos diferenciados de favorecimiento de acreedores; el artículo 261 recoge el mismo tipo de antes de la reforma referido a la presentación de datos falsos para obtener la declaración de concurso y el 261 bis introduce la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos del capítulo conforme al artículo 31 bis, estableciendo penas de multa específicas y limitando las penas del artículo 33 que podrán imponerse, conforme al artículo 66.

II. Los delitos socioeconómicos desde nuestro derecho histórico precodificado hasta nuestros días.

1. Las penas impuestas al deudor en nuestro derecho histórico.

La prisión por deudas o "*pro debito*" ha existido históricamente en la Península ibérica, al menos desde la irrupción del derecho romano y, desde luego, en el derecho visigodo, aunque ciertamente con menor frecuencia que la utilizada en causas criminales.

Existían muy pocas leyes que la contemplasen en el *Liber Iudiciorum*, por ejemplo, cuando el deudor se acogía al derecho eclesiástico de asilo y, en determinados supuestos, debía ser entregado excepcionalmente a la justicia seglar. La protección de la sacralidad y la paz del lugar sagrado favorecía a quienes se acogían a él como deudores. El acreedor, al serle entregado el deudor, debía señalar un plazo delante del clérigo dentro del cual el débito debía ser satisfecho, si bien, una vez fuera del templo, nada impedía que el acreedor atare o apresare al sujeto de nuevo¹⁸.

La detención preventiva "*pro debito*" era una práctica menor, pues en su caso, la falta de bienes del deudor para satisfacer a sus acreedores se resolvía preferentemente con otra pena privativa de libertad como es su puesta en servidumbre de los mismos.

Sólo estaban libres de la detención cautelar de los deudores los médicos. Existen normas en el *Liber Iudiciorum* que de forma mucho más

¹⁸ TOMÁS VALIENTE, F., "La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés", *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXX, Numero 1, 1960, (1ª), p. 256.

explícita permitían la detención preventiva del deudor que hubiese emprendido un viaje o huida para asegurar el pago de su acreedor.

La citada ley ponía un especial énfasis en que la prisión por deudas se realizara sólo de manera oficial, es decir, poniendo el detenido en manos del juez regio. El acreedor no tenía ningún derecho a retenerlo sin su consentimiento, sino que estaba obligado a recurrir a la justicia pública, como era propio de un sistema en el que se trataba de preservar la cada vez más hostigada soberanía del rey a través del control de la administración de justicia¹⁹.

Frente a la herencia recogida del mundo romano, en que la prisión privada practicada por el sistema de punición doméstica se utilizaba ampliamente en concurrencia con la pública, en el periodo más álgido de la constitución del estado visigodo se contuvo la aplicación de fórmulas privadas o semiprivadas de resolución de conflictos.

La crisis política y de autoridad que supuso la entrada de los musulmanes en la Península, provocó una modificación de los principios y costumbres procesales que se ve reflejada en los distintos fueros que, como hecho paradigmático, ofrecían a los vecinos de determinados lugares como prerrogativa excepcional, la sustitución de la prisión por el ofrecimiento de prenda o fianza, como garantía de comparecencia en juicio, así como la figura recogida en varios Fueros, entre ellos el de Zamora, sobre la posibilidad de presentar a otras personas como garantes de la deuda (tres vecinos que afianzaran con sus casas); un fiador “de camino” o “de mandamiento” que asegurase la presencia del deudor en juicio; o terceros como nuevos obligados (sobrelevador) .

¹⁹ RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, Ministerio del Interior, Madrid, 2008, p. 36.

Sentado lo anterior, otros Fueros, como los de Madrid, Molina y Guadalajara, no recogían referencias a la prisión por deudas civiles y se condenaba a morir de hambre y sed a un hombre, no por la comisión del delito, sino por no pagar las “caloña” (multas) del mismo, es decir, se prevé la prisión y la muerte como consecuencia del incumplimiento de una obligación ex delicto y el encarcelamiento de quien cometiese un delito de quebramiento de casa ajena²⁰.

Cuando el arresto se utilizaba como medida cautelar o garantista en las causas criminales la cárcel en la que se aplicaba era de carácter público. Todavía no se había probado el delito y con la detención pública, de aplicación excepcional frente al arresto privado que siempre se utilizaba en el proceso ordinario para abaratar los costes de la justicia, se pretendía evitar que la propia víctima o sus familiares dañasen o matasen al presunto autor del crimen para vengarse antes de juicio²¹.

La protección contra el encarcelamiento suponía la imposibilidad de que los vecinos de un determinado lugar fueran apresados por personas foráneas y custodiados en otros lugares a la espera del juicio. Y por otro, significaba en sentido estricto que dichos vecinos pudieran ser encarcelados en su propio municipio si podían prestar alguna fianza como garantía de comparecencia²².

Las ventajas de la prenda frente al encarcelamiento eran más que evidentes. No sólo aseguraba la comparecencia del demandado de manera más

²⁰ TOMÁS VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés”, cit., p. 262.

²¹ RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, cit., p. 60.

²² *Ibid.*, p. 40.

fácil y menos costosa para la administración de justicia, sino que además garantizaba en última instancia la satisfacción del demandante y de los propios oficiales, que podían repartirse el valor de la prenda en concepto de retribución y costas si el demandado no comparecía en el plazo previsto.

La coacción económica funcionaba mucho mejor que la que se infligía meramente sobre el cuerpo en una sociedad en la que no abundaban los bienes materiales, y en la que las propias necesidades de supervivencia habían determinado una patrimonialización de la administración de justicia, contrastable también en el amplio sistema de multas que dominaban el ámbito de la punición²³.

En los fueros comunes se desarrollaron figuras similares a la anterior, con las diferencias propias de la herencia jurídica de cada territorio, pero trasladando la visión cristiana del deudor como persona y no como objeto. Ese desarrollo se produjo tratando de reclamar para el poder público el encarcelamiento; estableciendo la prohibición de dar muerte al preso por delitos (homicidio, quebrantamiento de casa ajena, adulterio...) o deudas; condicionando la prisión privada de tal modo que se garantizase cobijo adecuado y alimento al deudor; privilegiando a aquellos que poseían bienes raíces en el municipio; prefiriendo la presentación de fiadores o de garantías frente a la privación de libertad, que podía ser acordada en caso de incumplimiento del deudor de sus compromisos²⁴.

Es por ello que, en ninguno de los territorios que conformarían cada una de las dos Coronas, se permitió que los particulares o los señores pudieran matar directamente a las víctimas o deudores que tenían bajo su custodia.

²³ *Ibid.*, p. 41.

²⁴ *Ibid.*, pp. 45-56.

Todos coincidían en sus normas forales en que, una vez agotados todos los plazos establecidos para procurar la satisfacción del fallo, el único medio que les quedaba a las víctimas y a los señores para resarcirse del daño, y evitar que el mantenimiento de los delincuentes bajo su custodia se convirtieran en un pesado lastre económico, era dejarles morir en su celda. Ahora bien, la restricción estaba clara. Se les podía "dejar morir", lo que no contravenía el mero imperio²⁵ del rey, pero nunca matar²⁶.

En la Edad Media no fue especialmente empleada como pena bien porque la mentalidad jurídica de la época la privación de libertad entendía que no daba respuesta a los dos principales fines de la sanción, pues ni era el mejor medio para expiar las culpas ante los ojos de Dios y de la comunidad, bien porque tampoco tenía un gran valor retributivo para compensar los daños infligidos a la comunidad o a los particulares.

Cuando era necesario apartar a un hombre del grupo social se utilizaba preferentemente el destierro o extrañamiento porque resultaba mucho más eficaz para la seguridad de la víctima, menos costoso para la administración de justicia, y de un incuestionable valor intimidatorio para disuadir a los vecinos de la comisión de nuevos ilícitos²⁷. La concepción patrimonialista de las penas queda manifiesta también en la posibilidad de conmutar cualquier sanción corporal por una sanción pecuniaria²⁸.

²⁵ Diferenciado del "mixto imperio" recogido en Las Partidas (P. 3, 4, 18) que atribuía la jurisdicción en lo civil, y también en lo criminal por causas de penas menores.

²⁶ RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, cit., p. 63.

²⁷ *Ibid.*, p. 71.

²⁸ *Rgoad misericordiam*.

En la Baja Edad Media, el orden de prelación de fuentes establecido por el Ordenamiento de Alcalá de Henares, de 1348, es válido para el Derecho castellano hasta el siglo XIX, lo que supone de una plena homogeneidad en cuanto a la naturaleza y orden de aplicación de las fuentes durante seis siglos.

Esas fuentes incluyen el Derecho local y las Partidas, por lo que en consecuencia también seguirán vigentes también leyes del Fuero Real que, en general, aluden siempre expresamente al deudor de muchos acreedores, pero sin que pueda descartarse que estuviera permitida la prisión servidumbre del deudor cuando éste lo fuera de un solo acreedor²⁹.

En líneas generales, el sistema de ejecución patrimonial forzosa establecido por las leyes de esta época hace que la prisión del deudor surja siempre en función de la ejecución de los bienes, bien por inexistencia de ellos (prisión servidumbre de la III, 8,2 del Fuero Real) o cuando se ha hecho cesión de bienes (ley de Enrique IV en 1458 y pragmáticas de los Reyes Católicos) o para forzar al deudor a que de fiador de saneamiento sobre sus bienes inmuebles que han de ser ejecutados (pragmática de Felipe II, de 1566). La responsabilidad personal del deudor es siempre subsidiaria a su responsabilidad patrimonial. Y, salvo en el caso de la no prestación del fiador de saneamiento, se trata siempre de prisión del deudor insolvente y, por ello, prisión servidumbre³⁰.

En este periodo histórico se utilizan constantemente dos instituciones ya reguladas en anteriores cuerpos legales, como son la cesión de bienes (P 5, 15, I) y la prisión servidumbre, ya admitida en el Fuero Real, si bien con un matiz característico, y es que ambas se regulan de modo complementario: la

²⁹ TOMÁS VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés”, cit., p. 347.

³⁰ *Ibid.*, p. 378.

servidumbre del deudor insolvente sigue a la cesión de bienes hechas por éste: el deudor que tiene bienes pero son insuficientes para pagar sus deudas, yace preso hasta que hace cesión de bienes, y entonces es dado en servidumbre sucesivamente a sus acreedores³¹.

Durante toda la Edad Media va disminuyendo de forma indirecta la prisión por deudas dado el incremento de exenciones de personas que podían ser sometidas a la misma. Así llega un momento en que prácticamente nadie puede ser preso, y aunque las normas sobre prisión y servidumbre del deudor sigan vigentes hasta la Novísima Recopilación, dicha figura había ya desaparecido de la vida jurídica práctica.

En cambio, la prisión coactiva pervivió tanto en su uso como en su vigencia formal, pues pervivieron hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 las Pragmáticas de Felipe II de 1566 y 1590, ya que ninguna de las dos fue incluida en la Novísima Recopilación ni se incluyeron en texto derogatorio alguno³².

En el siglo XIX, se considera una institución extinta o en desuso y el legislador regulará la cesión de bienes desechando la idea de resucitar la prisión coactiva o a la servidumbre del deudor, que ya se daban por extintas en la práctica en el final del siglo anterior, y ante la declaración de igualdad de las personas, opta por reforzar la responsabilidad de los bienes del deudor desterrando la prisión por deudas del campo legislativo con esa Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

³¹ *Ibid.*, pp. 377 - 379.

³² *Ibid.*, p. 431.

2. *La codificación penal en España desde el siglo XIX*

Es la Revolución francesa la primera que abolió la prisión por deudas, llegando en nuestros días a la aprobación del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³, en el que se establece que “*nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*”, pero ese camino no ha sido rápido ni necesariamente ha avanzado siempre en la misma dirección.

En España, nos encontramos con una dilatada historia de Códigos Penales, que nace en el siglo XIX. La Constitución de Cádiz de 1812 establece la personalidad de las penas; prohíbe el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes; y dispone la unificación en toda España de los Códigos civil, criminal y de comercio.

Tras las vicisitudes históricas provocadas con el regreso de Fernando VII y el levantamiento del General Riego se presenta ante las Cortes un proyecto que dio lugar al primer Código español en 1822, criticado por su carácter farragoso y la excesiva dureza de sus penas, alabado por ser el primero de nuestra historia y establecer el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Constaba de un Título Preliminar y dos Partes: la primera dedicada a los "Delitos contra la Sociedad" y la segunda a los "Delitos contra los Particulares". No preveía la existencia de las faltas y ya establece el principio de legalidad de los delitos y las penas, y ha sido seguido por los Códigos posteriores en cuestiones como la definición legal del delito, los catálogos de atenuantes y agravantes, o la regulación de la responsabilidad civil. Asimismo

³³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y ha sido ratificado por 167 Estados hasta la fecha.

castigaba los delitos imprudentes o "culpas" de conformidad con el principio de excepcionalidad, concretando en cada caso cuándo un delito se penaba en su modalidad culposa, criterio que más tarde se abandonó y que ha sido retomado por el vigente Código de 1995.

Tras el restablecimiento de la Monarquía absoluta en 1823 se restablece el Derecho Penal del Antiguo Régimen (la Novísima Recopilación y las Partidas como Derecho supletorio), si bien, ya bajo la vigencia de la Constitución de 1845, se aprueba el Código Penal de 1848 que recoge la clasificación tripartita de las infracciones penales entre graves, menos graves y faltas. Contiene una estructura similar al Código Penal vigente, con tres libros: disposiciones generales, de los delitos y las penas, y de las faltas; razón por la cual se dice que este Código ha sido de los más longevos pues los textos de 1870, 1932 y 1944 -con la excepción parcial del de 1928-, como toda la serie de reformas sucesivas y refundiciones de las mismas, no son sino retoques de un Código, el de 1848, que ha llegado hasta hoy.

El posterior Código Penal de 1850 supuso una limitada reforma del anterior, pero recogió un mayor endurecimiento de las penas, castigándose con carácter general la conspiración y proposición para delinquir.

Tras la revolución de 1868, y al amparo de la Constitución de 1869, vieron la luz leyes tan importantes como el Código Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria. Se aprobó también el Código Penal de 1870, que pretendía adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869. Estructurado en torno a tres Libros, tiene una inspiración política claramente liberal que se manifiesta en distintos aspectos entre los que cabe destacar: la inclusión de delitos contra los derechos individuales, una humanización de las penas, sustitución de los delitos

contra la Religión católica por los que afecten al libre ejercicio de los cultos, la introducción de las faltas y el refuerzo del principio de legalidad.

Tras el golpe de Estado del General Primo de Rivera, asistimos a un nuevo régimen político en cuyo marco se aprueba el Código Penal de 1928. La doctrina critica que se trata de un Código con clara orientación totalitaria. Introduce el llamado dualismo, es decir, prevé no solamente penas sino también medidas de seguridad, que restringían la libertad del delincuente en función de su peligrosidad social, y mantiene la misma estructura de los anteriores en tres Libros.

Apenas veinticuatro horas después de la proclamación de la Segunda República, el Gobierno provisional derogó el Código Penal de 1928, volviéndose al Código de 1870. Con fundamento en este último, se aprobó el Código Penal de 1932, en cuya elaboración participaron grandes autores como Jiménez de Asúa, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz. Se trata de un texto con una orientación humanitaria, que se manifiesta en la supresión de la pena de muerte, en la disminución del número de agravantes, en el aumento de las atenuantes, o en la introducción de la sordomudez y del trastorno mental transitorio como circunstancias eximentes.

Después de la Guerra Civil española se aprobó el Código Penal de 1944, que sigue la tendencia autoritaria anterior: penas más severas, incluida la de muerte; aunque se mantiene el principio de legalidad y la prohibición de la analogía. El Código Penal de 1944 sufrió muchas reformas a lo largo de los años, llegándose a publicar textos refundidos en 1963 y 1973. También se produjeron modificaciones derivadas del nuevo sistema político contenido en la Constitución de 1978, así como una numerosa legislación en materia de terrorismo. Cabe destacar la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, así como la operada por la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código Penal.

Esta regulación anterior al Código vigente de 1995³⁴ contenía un Título XIII dedicado a los delitos contra la propiedad que hacía referencia a la tipificación de “Las Defraudaciones” en su Capítulo IV, incluyendo la “Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles” en su Sección 1ª.

Los artículos 519 a 527 de dicha Sección 1ª fueron en su día criticados por ser una ley penal en blanco y por mostrar una excesiva vinculación al derecho mercantil, al Código de Comercio. Ejemplos paradigmáticos de ello eran los artículos 520 a 522 del Código Penal de 1973 en su redacción conforme a la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal³⁵.

Los delitos vinculados a la defensa del crédito han sido criticados por suponer un retroceso histórico, pues, como hemos visto, desde la Grecia Antigua hasta la Revolución Francesa, pasando por el Imperio Romano y la Europa medieval, los deudores han sido castigados históricamente bien con penas corporales (prisión, tormento o desmembramiento), bien con penas

³⁴ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre

³⁵ Artículo 520

El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor.

Artículo 521

El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de prisión menor.

Artículo 522

Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta los que ejecutaren cualquiera de los actos que se determinan en el artículo 893 del Código de Comercio.

personales (servidumbre) o han visto vendido su patrimonio en bloque para satisfacer a sus acreedores, sin apenas garantías jurídicas procesales o sustantivas.

III. Una breve perspectiva anglosajona de la delincuencia económica.

Si bien en nuestro derecho penal sustantivo la introducción en bloque de los tipos dedicados a la delincuencia económica pueden considerarse como un hecho acaecido especialmente en las postrimerías del siglo XX (Código Penal de 1995) y, en esta primera década del siglo XXI, lo cierto es que en los países anglosajones ha tenido un desarrollo mucho más temprano.

La percepción de la existencia de fraudes mercantiles fue especialmente llamativa en los inicios del siglo XX, sobre todo con la crisis bursátil de 1929, el llamado “crack” financiero, y la consiguiente depresión económica. A ello se unieron las situaciones de economía bélica, que marcarían la economía mundial hasta la mitad del siglo XX, lo que provocó el abandono del papel liberal del Estado para dar paso a un Estado social-liberal.

La primera reacción fue la creación de entidades de índole pública y sanciones asociadas a las capacidades de inspección y sanción de estas, añadidas a las penas civiles ya existentes. Por tanto, puede hablarse de la asunción y creación de un sistema dual en el que junto a la regulación civil y administrativa se daba entrada también a la sanción penal de comportamientos individuales. Ayer, como hoy, dicha intervención penal no respondía ni en su forma ni en sus objetivos a las premisas del derecho penal clásico.

Así, es ya un lugar común explicar el Derecho penal económico como el ejemplo paradigmático de expansionismo del Derecho penal en cuanto que, por razones ajenas a la prevención o retribución, se afana por alcanzar todos los rincones del comportamiento antisocial.; e incluirlo también como expresión del Derecho Penal simbólico cuando su único fin es político y consiste en

serenar ansiedades de la ciudadanía (del electorado) y obtener un rédito político³⁶.

En este simbolismo se esconden las necesidades políticas de resolver la sensación de impunidad de hechos cometidos por ciertos sectores económicos; de promocionar actitudes y opiniones como algunos delitos de protección de flora y fauna que se acercan más a procesos de conducción y manipulación de movimientos sociales; el aumento de la prescripción de determinados delitos, especialmente los que afectan a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, ante la confirmación de la real imposibilidad de contar con un eficaz sistema de inspección y sanción en sede administrativa; o la oportunidad de incorporar al ordenamiento determinada normativa internacional bien por presión e interés político de los principales protagonistas de la política internacional, bien por presión de los mismos funcionarios del Estado que, destinados en organismos internacionales, han elaborado esta normativa.

De este modo la legislación y la experiencia más antigua del mundo anglosajón se infiltra voluntaria e involuntariamente en el resto de legislaciones penales nacionales, pues el legislador de un mundo globalizado entiende como una ventaja competitiva poseer una legislación armonizada y estandarizada a los requerimientos del mercado; las empresas internacionales necesitan converger con los requerimientos estadounidenses para operar en determinados sectores, especialmente el financiero; y los contactos entre profesionales del derecho de uno y otro lado del atlántico son hoy en día más fáciles y reiterados, por lo que la infiltración que aludíamos, alcanza una mayor intensidad en nuestros días.

³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 30.

En otros campos sí se puede hablar de presión para adoptar normativa similar a la ya vigente en el ámbito norteamericano, especialmente destacados en los ámbitos de terrorismos, criminalidad organizada y tráfico de drogas, en los que la legislación internacional es una copia o versión de la RICO estadounidense³⁷, donde lo verdaderamente molar en esta relación es la recepción de novedosas estrategias de política criminal como la autorregulación empresarial, la negociación y colaboración con las instancias encargadas del control a cambios de beneficios en la sanción, la aparición de autoridades administrativas con amplios poderes de sanción e investigación, o el papel policial que se le está asignando a diversas administraciones públicas, abogados, auditores de cuenta, contables o empleados de banca³⁸.

Analizada la “recepción del Derecho europeo” en la legislación penal española, podemos concluir en que no se trata de una verdadera armonización de los distintos sistemas jurídicos europeos, sino que es en su mayor parte una americanización. La existencia de la UE, y el proceso de armonización ya sea a través de Decisiones marcos o directivas, ha ayudado a que este proceso sea más rápido, sencillo y uniforme³⁹.

³⁷ RICO son las siglas de “*Racketeer influenced and corrupt organizations Act*” aprobada en 1970 contiene instrumentos contra la criminalidad organizada como el comiso sustitutivo o ampliado (18 U.S.C § 1963 (m) que después se han extendido, al menos en la Unión Europea, merced a la Decisión marco 2005/212 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DOCE L 68 de 15 de marzo de 2005).

³⁸ NIETO MARTÍN, A., “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?”, *Revista de Derecho Penal*, 19, 2007, p. 123.

³⁹ *Ibidem*.

IV. La expansión del derecho penal y los delitos socioeconómicos.

La expansión del Derecho penal es un fenómeno global. Sus características generales son la aparición de nuevos tipos delictivos, la ampliación de los ya existentes, la anticipación de la intervención del Derecho penal, la disminución de las garantías y el incremento de las penas⁴⁰.

En la caracterización del delito de insolvencia fraudulenta hemos de tener en cuenta el papel que ha tenido la crisis económica y financiera padecida en la última década en España, la cual ha llevado a multitud de empresas a la situación de concurso, desencadenando la actuación del legislador en la protección del sistema económico y de empresas especialmente significadas con sucesivas reformas de la Ley Concursal (al menos tres anuales) y la exigencia de una respuesta penal ante aquellos casos de flagrantes de búsqueda de insolvencia para evitar responder de las obligaciones asumidas⁴¹.

En un primer momento, y con la aprobación de la LC del año 2003, el objetivo principal era satisfacer el crédito existente con el acreedor, pero la tendencia legislativa cambió y el objetivo primordial, en especial tras la reforma de 2009, es mejorar los instrumentos de financiación para tratar de conseguir la viabilidad de la empresa. Debemos considerar que, en una economía en pleno momento de expansión, el objetivo del derecho concursal se basaba en buscar soluciones a menores y eventuales crisis de empresas que se

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero: (ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 (Homenajes y congresos), p. 131.

⁴¹ En la exposición sobre las reformas de la LC seguimos el trabajo M. OLIVENCIA, “Las reformas de la Ley concursal”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 16, 2012.

encontraran en ese momento actuando en el mercado, por lo que establecer una comunidad de pérdidas no parecía una opción perjudicial para el proceso concursal ni para la economía nacional⁴².

La diferencia de prioridades radica en que en el momento que se creó la LC, la situación era de bonanza económica, una economía próspera que, con el estallido de la crisis en el año 2008 hizo que la normativa se viera en la necesidad de ser reformada. El fundamento de la decisión del legislador de buscar que se asegure la viabilidad de la empresa, es el hecho de que son éstas las que generan riqueza en el mercado. Con ello, no debe olvidarse el otro objetivo que tiene la ley, como es la creación de un orden de pagos en el cual se establezca cuándo y cómo han de cobrar los acreedores comunes del deudor.

Con ello, y considerado los datos del BOE, hasta el año 2007, en España no se llegaba a los 1.000 procedimientos concursales, cantidad que, con el estallido de la crisis, se triplicó, llegando a los 2.875 concursos, y cerca de los 6.000 en el año 2009 . El número de concursos ha sido creciente en todos los sectores de actividad, y es en Cataluña, la Comunidad Valenciana y Madrid las Comunidades Autónomas donde más procedimientos concursales han tenido lugar, refiriéndonos en la mayoría de las ocasiones a empresas de menos de 250 trabajadores⁴³. En el análisis de los factores económicos, y teniendo en cuenta las diferentes estadísticas y notas de prensa realizadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE) ya citados, nos encontramos en una fase de recuperación económica, después de haberse visto el país inmerso en una crisis económica y

⁴² GARCÍA POSADA, M.; VEGAS, R., “Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión”, *Papeles de economía española*, 151, 2017, p. 7.

⁴³ Datos extraídos de la web del Instituto Nacional de Estadística: www.ine.es

financiera que tuvo como consecuencia una fuerte recesión que comenzó a mediados del año 2007⁴⁴.

1. Las causas más notables de la expansión del derecho penal.

Los delitos socioeconómicos, junto con los medioambientales y ciertos delitos contra la libertad sexual, han sido ejemplo para varios autores (BAJO FERNÁNDEZ y ALCACER GUIRAO) del fenómeno de la “expansión del derecho penal” en nuestra sociedad. Cita?

Sí existen, en la cacareada modernidad del siglo XXI, nuevas formas de delincuencia –y de negligencia– que conllevan un notable incremento de la percepción del riesgo con el que han de convivir los administrados y los ciudadanos y, en consecuencia, una demanda social de profilaxis y reacción contra los focos que lo provocan. De ahí que se haya calificado al derecho penal moderno de expansivo en cuanto que, por razones ajenas a la prevención

⁴⁴ Por las características de la crisis y de los sectores a los que afecta parece que los delitos de insolvencia y, en concreto, el Derecho Penal concursal han tenido una relevancia práctica de la que han carecido históricamente en periodos de bonanza económica; por ello, es un momento idóneo para replantearse de cara al futuro una regulación mercantil concursal no condiciona por la urgencia o la necesidad de salvar situaciones concretas y plantearse cuestiones de “*lege ferenda*” en el ámbito penal como la función social del delito de concurso punible, su alcance y cómo debe articularse la intervención del Derecho Penal en los supuestos de concursos fraudulentos o cuando ha sido declarada judicialmente una insolvencia como presupuesto fáctico del tipo .

o retribución, se afana por abarcar todos los rincones del comportamiento antisocial⁴⁵.

En este inicio de siglo, la mala praxis de los operadores financieros durante los años de bonanza económica, olvidado por todos que la economía es cíclica en sus escaladas y descensos, han provocado una agresión mundial a patrimonios privados e intereses socioeconómicos de prácticamente todos los países existentes que ha dejado pequeños los instrumentos estatales de respuesta sancionadora a tales fenómenos. Ni siquiera las previsiones de riesgos y la categorización de determinadas acciones como de carácter delictivo en los mercados financieros han servido de freno a la debacle.

En el caso de nuestro derecho, las previsiones en relación con los posibles delitos financieros, patrimoniales o socioeconómicos cometidos por entidades de crédito o sociedades sometidas a control administrativo, han quedado en eso, en previsiones sin aplicación práctica dejando en evidencia los aspectos más negativos del expansionismo que padece el derecho penal: su carácter simbólico⁴⁶ y su ineficacia práctica⁴⁷.

⁴⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 407.

⁴⁶ Las injusticias de un derecho penal simbólico ya se pudieron apreciar con la formulación jurisprudencial de la “doctrina Parot” sobre cumplimiento de las penas. Aquella fórmula, dada bajo un clima de presión de los medios de comunicación que hicieron creer que violadores y terroristas salían de la cárcel en tropel sin cumplir sus penas, pero que olvidaron explicar que en 20 años de democracia ningún gobierno había tomado iniciativa alguna sobre el cumplimiento íntegro de las penas; recogía amplias críticas por ser esta doctrina contraria a los derechos humanos y a los principios del derecho penal liberal. Parecía que los Magistrados de nuestro Alto Tribunal olvidaban la fuerte repercusión que tal doctrina tendría en la población reclusa general, que veía como sus años de cumplimiento se veían alargados con una interpretación retroactiva de la norma en su perjuicio.

A diferencia del derecho penal clásico, y de la delincuencia de calle, esta clase de ilícito no han recibido la misma atención social ni el mismo trato desde las instancias legislativas, jurídicas y políticas. Esta situación ha provocado que el “consenso amplio” imprescindible para legitimar y otorgar efectividad a las prohibiciones penales, y en general a las normas, se haya visto seriamente mermado.

La escasa percepción social –para la mayoría de los ciudadanos estas conductas son ajenas, extrañas o complejas–de la nocividad de estas conductas y el difícil cálculo de su gravedad dificultan su percepción social como dañinas. Salvo en los momentos puntuales de crisis o de escándalos mediáticos, esta clase de delincuencia suele pasar desapercibida para el conjunto de la sociedad, entre otras razones porque tiene poca visibilidad social. Las ilicitudes, incluso las conductas delictivas, suelen cometerse en un entorno lícito, como es la empresa o la actividad profesional, con lo que éstas acostumbran a pasar desapercibidas.

A esa nueva delincuencia económica o financiera se asocia la existencia de bandas organizadas de delincuentes que son capaces de actuar a nivel internacional sin grandes estructuras, ayudadas por los avances tecnológicos y el acortamiento de distancias que conlleva el fenómeno de la globalización y la mejora de los transportes⁴⁸.

⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, cit., p. 409. Señala BAJO FERNÁNDEZ que *“En general los delitos societarios obedecen al designio político de aparentar ante la opinión pública la voluntad de resolver la aparente impunidad de hechos cometidos en ciertos sectores económicos”*.

⁴⁸ GRACIA MARTIN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia: A la vez, una hipótesis de trabajo sobre ...*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Sucede también que una sociedad en la que la interdependencia se siente en grado superlativo y como un fenómeno cotidiano, se da la paradoja de que el tercero, prójimo o ajeno, es considerado a la vez como un foco de riesgo y como un necesario garante de la indemnidad de los bienes jurídicos individuales; un controlador de fuentes de riesgo para los bienes jurídicos penalmente relevantes.

No puede el sujeto individual proteger su patrimonio ni su modo de vida de los riesgos que conllevan los avances de nuestra sociedad en constante aceleración: la expansión de la tecnología; la agresión al medio ambiente; las nuevas formas de delincuencia; o los vertiginosos cambios legislativos y sus consecuentes obligaciones para el individuo, en más de una ocasión con implicaciones sancionatorias⁴⁹.

La criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, pornografía), la criminalidad económica y financiera⁵⁰, la corrupción política en sus muy diversas manifestaciones, los delitos contra la indemnidad sexual o los malos tratos en el ámbito familiar están en la discusión social sobre lo delictivo⁵¹, como también lo están las cuestiones que atañen al medio ambiente y la seguridad alimentaria, y todo ello es fuente de preocupación y ansiedad para la ciudadanía.

⁴⁹ RODRÍGUEZ MORENO, F., *La expansión del derecho penal simbólico*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2013, p. 32.

⁵⁰ SERRANO TÁRRAGA, M.D., “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros.”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, 2005, p. 213.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 40.

A lo anterior hay que unir el papel de los medios de comunicación, provocando un incremento de la percepción individual de riesgo, al mostrar sin distinción hechos que suceden en la puerta de al lado y a miles de kilómetros, y que, evidentemente, no tienen la misma trascendencia para el normal desarrollo de la vida del sujeto.

La reiteración, la dramatización de noticias y la transmisión de sucesos nacionales e internacionales en los medios de comunicación perjudican un juicio sereno, una valoración real sobre el verdadero alcance de la afectación que eso sobre lo que se está informando tiene para quien lo ve o escucha, pues los juicios acerca de los riesgos y del nivel de seguridad existente para un bien jurídico que son realizados por los ciudadanos sin otra información que aquella que procede de su propia experiencia, de aquella otra que les han comunicado otros individuos con quienes interactúan y, por fin, de los medios de comunicación, estarán muy sesgados al nublar la probabilidad objetiva de que aquello que se teme suceda realmente⁵².

Es decir, no se corresponde la percepción del riesgo que tiene el individuo, con el grado objetivo y real de existencia de riesgos incontrolables en su entorno de vida cotidiana. La inseguridad real y la percibida no se asemejan⁵³.

⁵² PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilo: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 20, 2006, p. 132.

⁵³ *Ibid.* En esta obra, señala CASTAÑÓN, “Por ello, la seguridad no existe nunca como evento empíricamente verificable (salvo, por supuesto, a posteriori), sino como juicio humano acerca de posibles eventos futuros. Y, como todo juicio humano, especialmente si se apoya en conocimientos meramente probabilísticos, está sujeto por necesidad no sólo a la posibilidad de que el futuro desmienta las predicciones, sino, además, al riesgo de que ya en el presente el juicio esté condicionado por eventuales sesgos cognitivos; de que no sea puramente racional, en suma”.

De este modo nuestra “sociedad del miedo” se configura también como una sociedad con extrema aversión al riesgo, con hipersensibilidad a lo descontrolado, lo que conlleva una simbolización del derecho penal, esto es, el derecho penal se instrumentaliza políticamente no con la intención de proteger bienes jurídicos o ser justamente aplicado al autor del delito, sino con la exclusiva intención de serenar tensiones sociales y obtener rápido provecho político transmitiendo la sensación de que efectivamente se actúa contra quien perturba la paz social⁵⁴.

Se convierte así la “seguridad” en una reivindicación social que impulsan por igual las izquierdas y derechas políticas, olvidados ya por pragmatismo los precedentes históricos de sus posturas políticas antagónicas en este campo del derecho penal.

Frente a una concepción del derecho penal como instrumento de los poderosos para reprimir a las clases trabajadoras, para sofocar la revolución del proletariado, o un derecho penal liberal dirigido exclusivamente a los delincuentes, al “lumpen” para comunicar las prohibiciones y anunciar la represión del Estado, formal o informal, hemos alcanzado un momento histórico en el que, tras el reconocimiento a todos los ciudadanos del derecho de participación política, las normas se otorgan para que esos ciudadanos—partícipes de la vida política vean que el Estado está a su servicio.

Por consiguiente, cuando, en los discursos políticos se aparenta que, en la cuestión político-criminal que se debate, sólo existe un riesgo a ser considerado y que éste resulta evidente en sus características y dimensiones, se

⁵⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, cit., pp. 407-408.

está hablando de una manera que, resulta engañosa⁵⁵, de una forma que sólo buscar tranquilizar la ansiedad de los ciudadanos–votantes atacando los síntomas de la enfermedad, pero sin interés en preparar un verdadero ataque a la raíz del trauma, pues no ha existido un previo estudio y análisis empírico del problema.

El concepto de “riesgo permitido” es un concepto con contenido jurídico surgido en la época de la industrialización que operaba como límite interpretativo a la criminalización de determinadas conductas. Este concepto ha perdido su significado y sentido originales en una sociedad que ya no se compone de ciudadanos sino de sujetos pasivos; de administrados; de beneficiarios de las múltiples subvenciones, dádivas y propinas estatales, en lugar de agentes o ciudadanos⁵⁶.

No pasa inadvertida la paradoja actual de los incentivos constantes, institucionales y sociales, al “emprendimiento”; el aliento a los jóvenes para “emprender”, es decir, a aventurarse en construir un proyecto profesional empresarial propio, a arriesgar su tiempo, su patrimonio y su fama en “crear un proyecto”; esos incentivos a arriesgar resultan paradójicos frente a la realidad de que nos encontramos en una sociedad que ha perdido la iniciativa, precisamente por miedo al riesgo, en la que la mayoría de sus ciudadanos son meros observadores pasivos de la realidad social, no agentes creadores o transformadores de la misma.

⁵⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, cit., p. 137.

⁵⁶ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en derecho penal: (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 23.

El concepto de riesgo permitido expresa una ponderación de costes y beneficios en la realización de una determinada conducta. En nuestra sociedad de sujetos pacientes la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad⁵⁷, que se extiende incluso a la aversión psicológica frente al caso fortuito, frente a la producción de resultados lesivos por azar.

La víctima (la sociedad) no asume la posibilidad de que el hecho que ha sufrido sea debido a una “culpa suya” o que, simplemente, responda al azar. Se parte del axioma de que *siempre ha de haber un tercero responsable* penal o civil, es decir, se incurre en la tan temida tendencia expansiva de la atribución de la responsabilidad, que es, sin embargo, paradigmática de la sociedad de riesgo.

Ejemplos de lo anterior serían el afán por buscar un responsable al que atribuir cada catástrofe que acaece imprevisiblemente; o, incluso, la avenencia de las compañías aseguradoras a indemnizar las lesiones corporales o los daños incluso en casos en que podría apreciarse “culpa exclusiva de la propia víctima”⁵⁸.

La sociedad se contempla a sí misma más como víctima que como autor potencial de hechos delictivos, de ahí la existencia de un consenso implícito sobre el alcance del riesgo permitido y la necesidad de una nueva orientación de las estructuras de atribución de responsabilidad.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, cit., p. 32.

⁵⁸ REYES ROMERO, J., “Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva”, *Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva*, 2015, p. 3.

Es un problema esta orientación de la sociedad hacia las consecuencias, hacia el efecto preventivo que ha de tener el Derecho penal en la contención o reducción de los niveles de criminalidad en los ámbitos en los que sería aplicable, ya que su fin es afianzar la “seguridad cognitiva” y no puramente normativa⁵⁹.

Todo esto conlleva, en el ámbito del derecho penal, la desaparición de espacios de riesgo, un incremento de la apreciación de infracción de los deberes de cuidado y a una mayor tipificación de delitos de riesgo.

Esta “sociedad del miedo” implica una transliteración de los principios del derecho penal, que deja de ser la Carta Magna del delincuente, para ser el instrumento de defensa y rehabilitación de la víctima. Los principios de derecho penal “clásico” como la interpretación restrictiva de los tipos o la aplicación analógica de las atenuantes, no serían hoy día unas verdades incontestadas, pues al derecho penal se le exige una actuación a favor de la víctima antes que una protección del delincuente frente al poder castigador del Estado.

En realidad, haber centrado el foco de la atención social, a través de los medios de comunicación, en esa “criminalidad de los poderosos” es un error de perspectiva, pues la delincuencia común sigue siendo la más abundante y sus autores ciudadanos marginados de clase social baja⁶⁰.

⁵⁹ En relación al derecho penal del enemigo lo expone MUÑOZ CONDE, F., “Entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 2007, p. 45.

⁶⁰ Tanto el INE como el Ministerio del Interior permiten comprobar en sus respectivas páginas web la realidad de la delincuencia en España. Así, hubo 28.128 personas presas en 2013 que habían cometido dos delitos. Frente a ese número, los medios de comunicación (<http://www.europapress.es/nacional/noticia-radiografia-corrupcion->

El riesgo evidente y primario está en tomar el todo por la parte y reformar expansivamente el derecho penal de manera “antigarantista” con el fin de demostrar que se persigue y ataca aquello que los medios de comunicación destacan.

Todo lo expuesto nos habla de la “administrativización del derecho penal”, del olvido consciente de la elaboración liberal del derecho penal y de su uso, igualmente consciente, para la promoción de actitudes o la previsión de punición para riesgos genéricos de comportamiento.

El derecho administrativo, podemos decir, persigue la ordenación de la actividad de determinados sectores de la vida social, que se manifiesta en diferentes ámbitos y que afectan a la organización administrativa estatal, mientras que el derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, castigando la lesión de los mismos o su puesta en peligro⁶¹.

El derecho administrativo sancionador, en palabras de BAJO FERNÁNDEZ, “tiene una función concreta que confiere a la sanción una naturaleza determinada distinta a la pena criminal. Los fines del derecho administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales de modo que su sanciones se legitiman no necesariamente por la lesividad social de la conducta, sino por razones de utilidad. De ahí que se admitan sin fricciones los delitos de

espana-mas-1900-imputados-menos-170-condenados-mas-130-causas-20141102111941.html) hablaban en noviembre de 2014 de más de 1.900 cargos públicos imputados en causas criminales en España. Como muestra de la realidad social del perfil del delincuente en relación a los delitos contra la seguridad vial, en las IV Jornadas Técnicas sobre Movilidad y Seguridad Vial celebradas en Canarias el 21 y 22 de mayo de 2014, se puso de manifiesto que el “*hombre de más de 35 años y sin estudios universitarios es el perfil del delincuente vial, que se caracteriza por conducir de forma temeraria, bajo la influencia del alcohol o las drogas*”.

⁶¹ SERRANO TÁRRAGA, M.D., “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros.”, cit., p. 214.

peligro abstracto que no exigen prueba alguna de lesividad. Sin embargo, el derecho penal sólo puede cumplir los fines preventivos a través de la retribución de un hecho concreto con una lesividad de bienes jurídicos, al menos, potencial. El derecho administrativo se encarga de la prevención de situaciones de riesgo o de inseguridad sin requerir, como ocurre con el derecho penal, la retribución de conductas previas de riesgo probado”⁶².

Como prototipo de esta administrativización de nuestro derecho penal se cita el artículo 294 del Código Penal, que castiga la acción de “negar o impedir” la actuación inspectora de la Administración Pública en aquellas sociedades incluidas en sectores sometidos a tal control o inspección, sin que la doctrina haya alcanzado acuerdo alguno sobre si el bien jurídico protegido es el derecho de inspección del Estado o el correcto funcionamiento del mercado, y sin que hayan podido explicar la utilidad de este tipo delictivo frente a una amplia regulación de dichas conductas en más de media docena de normas administrativas que, además, prevén sanciones más detalladas para la sociedad y sus administradores⁶³. Por tal razón, no son bien acogidos en el ámbito penal los delitos de peligro abstracto o los daños cumulativos.

Los primeros presentan problemas de legitimación para superar la apariencia de que la mera desobediencia es fundamento del castigo o que se castiga una mera acción arriesgada. La doctrina mayoritaria entiende que estos delitos no se justifican por el hecho de que el legislador presuma el riesgo y convierta ese riesgo para los bienes jurídicos o la seguridad de los mismos en

⁶² BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, cit., p. 412.

⁶³ SERRANO TÁRRAGA, M.D., “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros.”, cit., p. 217.

motivo del tipo delictivo⁶⁴. Esa falta de justificación acudiendo al riesgo o la seguridad son evidentes, al menos con respecto a los criterios de gestión de riesgos.

El hecho de que las decisiones sobre gestión de riesgos se ven sujetas a las mismas dificultades que se soportan en cualquier decisión adoptada, primero, en condiciones de incertidumbre, cuando no de total ignorancia, pues casi nunca es posible determinar exactamente las consecuencias de adoptar uno u otro curso de acción en relación con un riesgo; segundo, mediante decisión colectiva, con todos los problemas que ello conlleva, a la hora de establecer escalas de valoración coherentes y generalmente aceptables acerca de las opciones de acción; y, tercero, en condiciones de interacción estratégica⁶⁵. Todas estas restricciones limitan las posibilidades de llevar a cabo una determinación no problemática de las opciones de gestión de riesgos en el ámbito de la legislación penal.

En segundo lugar, los daños cumulativos no son sino una técnica de protección de bienes colectivos o globales frente a un actor también “colectivo”. El presupuesto justificativo de esos daños cumulativos es la responsabilidad colectiva o vicaria, esto es, la asimilación de que los daños a esos bienes supraindividuales se produce por la acumulación de muchas acciones mínimas individuales, en sí mismas, tal vez, hasta inocuas, pero que si fuesen realizadas por un gran número de personas supondrían un riesgo cierto para el bien jurídico protegido.

⁶⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, cit., p. 413.

⁶⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, cit., p. 136.

Así, no es necesario ni un peligro abstracto ni actual para los intereses individuales, sino que bastará la previsión de que dicho comportamiento pueda reproducirse en el futuro por terceras personas, y que la suma de todas ellas alcance poder destructor, para que la conducta individual (insignificante desde el punto de vista del tipo) reciba un reproche penal.

Puede ahora entenderse que “la tipificación de daños acumulativos es una técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que debe pertenecer en exclusiva al derecho administrativo, porque resulta ilegítima en el derecho penal en la medida en que al penado se le imputan personalmente consecuencias de su acción que no son suyas (responsabilidad por hechos ajenos)”⁶⁶.

Arquetipo de la aplicación de este tipo de daños lo encontramos en los delitos contra el medio ambiente. El fundamento de la pena consiste, según los autores, en una desobediencia en masa o imputación colectiva que, a lo sumo, debería relegarse al derecho administrativo⁶⁷, o en la protección de las generaciones futuras, axioma que justificaría la protección del derecho penal y la configuración del medio ambiente como una instancia autónoma merecedora de protección, no necesitando la lesividad penalmente relevante de un cierto peligro para bienes individuales⁶⁸.

⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “La normativización del derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Universidad Externado de Colombia, Argentina, 2007, p. 207.

⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, cit., p. 415.

⁶⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 4-8, 2002, fecha de consulta 4 mayo 2015, en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html.

Entendemos, junto con otros muchos autores, que el derecho penal no puede prescindir de las exigencias de una retribución individualizada u ofensividad como capacidad de afectación a otros ámbitos de organización, pues, de lo contrario, la peligrosa tendencia expansionista del derecho penal económico no encontraría grandes frenos a la inundación de áreas administrativas sancionatorias.

2. La posición de la víctima en el delito tras las reformas legislativas.

Ante la situación descrita se hace difícil que no se pierda de vista por el legislador, o el juez, que tanto la víctima como el reo merecen ser tratados con la dignidad de seres humanos que les corresponde, sin ceder ni a la indulgencia ni al ánimo vindicatorio, pues dentro este clima de legislación penal expansionista, que por mor del interés político convierte en simbólica toda modificación legislativa, ha venido a crearse el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal⁶⁹ que vendrá a perjudicar, aún más, una interpretación garantista del derecho penal y, en apariencia, a favorecer un contexto de interpretación “favor victimae”, con evidente postergación de las garantías clásicas del derecho penal.

En España, el nuevo Estatuto de la Víctima⁷⁰ atribuye una serie de derechos a las víctimas estén o no personadas en el proceso penal.

⁶⁹ DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 22 de marzo de 2001 (L 82/1).

⁷⁰ El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, aprobó el 1 de agosto de 2014 el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito. La ley pretende

Así, todas ellas tendrán derecho a que se les proporcione información en un lenguaje comprensible sobre cómo interponer una denuncia, los servicios asistenciales de los que dispone y cómo pueden acceder a medidas de protección y a asesoramiento legal, así como a la traducción de las resoluciones que se produzcan.

Se reconoce el derecho de la víctima a estar acompañada por la persona que designe y a ser informada sobre la causa abierta por el delito que sufrió aunque no esté personada. Se le informará de cuándo se celebrará el juicio, se le notificarán las sentencias y los sobreseimientos, así como la adopción de medidas cautelares y de libertad del encausado y las resoluciones de las autoridades judiciales o penitenciarias que puedan poner en riesgo la seguridad de la víctima (permisos de salida, por ejemplo), siempre y cuando lo solicite previamente y exista una situación de peligro⁷¹.

Ciertamente el proceso penal se ha construido en la relación entre el Estado y el autor del delito, tal vez con olvido excesivo del perjudicado, pero su irrupción como parte no debería ser de tal envergadura que contraviniese los muchos tratados y convenios firmados por el Reino de España a favor de una aplicación de la justicia, en especial los encuadrados dentro del Comité de Ministros del Interior del Consejo de Europa.

El Consejo viene recomendando desde los años ochenta la aplicación estricta del principio de no discriminación, lo que afortunadamente constituye

ofrecer a las víctimas y a sus familiares desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a todos los problemas que se les puedan plantear con independencia de si están personados en un proceso judicial o no.

⁷¹<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288789188435/Detalle.html>, accedido el 8 de marzo de 2015.

ya un lugar común en la legislación europea; pero sin dejar de introducir la referencia a la no discriminación en función del estatuto social de la víctima.

En ese marco, el Consejo ahonda en sus recomendaciones en un trato favorable al reo; propugna el mantenimiento de un amplio margen de apreciación discrecional del juzgador para la determinación de la pena; alienta a reservar las penas de prisión sólo para los delitos especialmente graves y a la implantación de penas alternativas; aconseja flexibilizar el cumplimiento de la condena condicional; sostiene que las circunstancias que se tomen en cuenta para determinar la pena deben estar debidamente probadas, lo mismo que los elementos del tipo de delito, pero en caso de duda, el tribunal debe rechazar las agravantes y estimar las atenuantes; insiste en la importancia de la motivación de las sentencias para exteriorizar el fundamento de la pena impuesta y valora las apelaciones del Ministerio Fiscal como medio útil para contribuir a la coherencia de las condenas, permitiendo corregir penas exageradamente clementes o exageradamente severas⁷².

Parece pues que el camino marcado por esas Recomendaciones es un camino que permite al Juez aplicar la pena prevista en la ley, pero oportuna al caso concreto, según su discrecionalidad, y sin olvidar a la persona perjudicada por el hecho delictivo.

⁷² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Curso sobre La individualización y ejecución de las penas, ORTEGA LLORCA, Vicente, *Ponencia: Individualización y determinación de la pena (Aspectos jurídicos). Las Recomendaciones del Consejo de Europa.*

3. *Otros tres factores de expansión del derecho penal: el descrédito de otras instancias de protección; la orientación política de los “nuevos gestores de la moralidad” y el desprecio por la formalidad.*

Las corrientes de pensamiento de la izquierda política siempre habían identificado el derecho penal como el instrumento de sometimiento de las clases dominantes sobre la clase obrera trabajadora; si bien, en un determinado momento, esa misma corriente de pensamiento y doctrinal se percató de que los sujetos pertenecientes a esa clase social son también titulares de derechos sobre determinados bienes, concretos o difusos, y que se ven a sí mismos más como víctimas que como potenciales autores de un delito. Por ese motivo se torna la reivindicación de la abolición de la pena a una demanda de mayor protección, eso sí, como un elemento de defensa frente a los “poderosos”.

Sucede también que existen en nuestra sociedad multitud de asociaciones que abogan por la criminalización de determinadas conductas contrarias a determinados intereses que ellas defienden. Así las organizaciones feministas, ecologistas, de consumidores, antidiscriminatorias... Son los que se han llamado los “*nuevos gestores de la moralidad*”⁷³.

Todos ellos buscan la ampliación del Derecho Penal para que cubra en su tipología los actos contrarios a los intereses que defienden. Poco importa que la forma de plantearse tales iniciativas criminalizadoras carezcan de sentido jurídico o sean contraproducentes para el fin buscado por el Derecho, que no es otro que la convivencia y la paz social. A fin de cuentas, ya no se pone en solfa la existencia de instrumentos coercitivos en poder del Estado, sino que se exige que tales medios sean empleados para defender particulares intereses.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, cit., pp. 46-50.

A nadie asombra ya ver a Señores Ministros del Interior de uno y otro país, de una u otra tendencia política, defendiendo la necesidad de un mayor grado de seguridad en la sociedad, la pertinente “tolerancia cero” contra la delincuencia y la consiguiente condena al “relativismo moral” y la supuesta indulgencia con que en ocasiones se acoge al delincuente⁷⁴.

En el caso de nuestro país quedó patente en el Código Penal de 1995 que no existía discrepancia sobre la existencia de la prisión como pena, ni preocupación por la inflación del derecho penal. Todos los partidos compartían ese espacio y sólo se diferenciaban en la línea de aplicación de la pena, bien defendiendo la tradición del Código Penal, bien defendiendo la inclusión de nuevos delitos que protegiesen los derechos de los trabajadores, de las mujeres, de las minorías, del medioambiente, etc.

Es fácil apreciar ahora que las reformas penales introducidas en la última década –especialmente las dos profundas reformas de 2003 y 2010- han introducido modificaciones contrarias a las garantías clásicas del derecho penal, siendo así que mantener las garantías originales del Estado de Derecho y las reglas clásicas de imputación requiere de un esfuerzo en ocasiones ingrato y laborioso que choca con la de aquellos que, apoyados en el miedo, la seguridad y la dificultad de perseguir y castigar a la delincuencia organizada o terrorista, defienden que deberían cambiarse “las reglas del juego”⁷⁵, al menos en

⁷⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁷⁵ No está de más recordar que en nuestra experiencia Constitucional y judicial han existido espacios e instituciones donde las comunes “reglas de juego” no tenían aplicación, especialmente en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada. Nos referimos, en especial, a la Audiencia Nacional y a sus condenas a terroristas que en más de una y dos ocasiones han sido atenuadas por el Tribunal Supremo, cuando no por el Tribunal Constitucional, por no ajustarse a los parámetros procedimentales, sustantivos o constitucionales vigentes.

determinados casos, haciendo vigente el principio “*fiat iustitia, pereat mundus*”.

A todo lo descrito hay que sumar el descrédito de otras instituciones como generadoras de moralidad y orden, pues sucede que hoy en día la principal fuente de moralización no procede de la propia sociedad, sino de lo que los medios de masas dictan. No existe ya una sociedad que exija un determinado comportamiento distinto del que los medios de comunicación aprueban como correcto o incorrecto y, en general, esos medios se identifican o asocian con las reivindicaciones de esos agentes sociales o “nuevos gestores de la moralidad”.

Lo que verdaderamente existe hoy día son diversos discursos, sostenidos por agentes sociales diferentes, acerca lo que importa en cada caso, sobre cuál es el riesgo relevante y merecedor de protección inmediata, cuánto importa, a quién le importa y le afecta, quién es el responsable y cómo de probable es. Y ocurre que algunos de tales discursos resultan más visibles que los planteados ante los órganos propios de participación política, porque resultan culturalmente dominantes y/o son sostenidos por agentes sociales dotados de mayor poder y, por ende, de más protagonismo en el debate político-criminal⁷⁶.

Tampoco puede el ciudadano acudir al remedio del Derecho Civil, pues su procedimiento, a pesar de tratar en su mayor parte de cuestiones crematísticas, se ha convertido en mucho más rígido que el proceso penal, lo que unido al atasco evidente de trabajo de dicha jurisdicción provoque la “huida al derecho penal”, por ejemplo, en la reclamación de una deuda que urge cobrar para no entrar en situación de bancarrota o concurso (“querella

⁷⁶ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, cit., p. 137.

catalana”) o cuando se desea una rápida adjudicación de la custodia de los hijos en un proceso de familia (denuncias instrumentales de malos tratos).

A la visión del Derecho Penal como el único remedio eficaz contra las injusticias civiles o penales también ha contribuido la burocratización y corrupción del sistema de protección administrativo.

Conduce lo anterior a la constatación por parte de la sociedad de la ineficacia e ineficiencia de las formas, por lo que, en aras de esa aspiración de seguridad y satisfacción de la víctima, dichas formalidades se observan como sutilezas que niegan o entorpecen la consecuencia de una verdadera justicia en la solución de los problemas.

En esa línea se enmarca la renovada importancia que está cobrando en nuestro derecho “la mediación” y, concretamente en derecho penal, “la conformidad” con el Ministerio Fiscal, como formas de *privatización*⁷⁷ del

⁷⁷ Durante el año 2014 el Congreso aprobó tanto la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, como el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana en las que se recogían iniciativas privatizadoras de la actuación de policía. De hecho, el texto de la Ley 5/2014 establece en su artículo 32 que “*los vigilantes de seguridad desempeñarán las siguientes funciones: (...) b) Efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio (...); c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección (...); d) En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas*”.

Estas reformas ponen de manifiesto la desconfianza de la sociedad a lo público como gestor eficaz de sus intereses, así como un reconocimiento tácito de la Administración Pública sobre su incapacidad para alcanzar la cobertura de todos los ámbitos socialmente relevantes.

conflicto de alcanzar la justicia material en el caso concreto ajeno a los corsés que imponen el principio de legalidad e igualdad.

Pero no es menos cierto que precisamente el carácter público y formalizado del derecho penal y de su procedimiento tienen un efecto disuasorio sobre el delincuente, el cual, al desconocer los exactos mecanismos por los que le será impuesta la pena y el alcance de esta, encuentra en dicho desconocimiento un incentivo para respetar el ámbito de legalidad establecido⁷⁸.

La privatización, las soluciones de emergencia y la renuncia a la igualdad y la generalidad, así como a la distancia e imparcialidad propias del ámbito público, privan a la reacción frente al delito de la sacralidad de que se reviste históricamente al derecho y al ámbito de lo público, con resultados más que discutibles, en especial en el caso de nuestro país, en el que la población reclusa se ha duplicado desde 1990 hasta el día de hoy, según los datos del Ministerio del Interior⁷⁹, al tiempo que cada una de las reformas penales aprobadas han seguido la línea de endurecer las penas y dificultar la aplicación de medidas de seguridad o penas alternativas a la prisión.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*, cit., p. 57. El profesor SILVA cita a POPITZ y su obra *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkenziffer, Norm und Strafe*, Tübingen, 1968.

⁷⁹ En concreto, según los datos facilitados por el Ministerio del Interior en relación a la población reclusa en su página web <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/instituciones-penitenciarias>, en 1990 existía una población reclusa general de 33.058 personas y en 2013 de 66.765 personas.

4. *El Derecho penal del enemigo como epílogo de la expansión del Derecho penal.*

Con el Derecho penal del enemigo, afirma JAKOBS, que el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico⁸⁰.

Ejemplos de este tipo de aplicación del Derecho penal los ha habido durante todo el siglo XX en muchos países europeos, y, por supuesto, en otras partes del mundo, especialmente durante periodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios o en las dictaduras latinoamericanas.

La novedad es que este tipo de Derecho penal, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales, es que se da también en los Estados democráticos de Derecho⁸¹.

No es sólo que se combata el terrorismo internacional, el tráfico de drogas o personas en bandas criminales organizadas, sino que se produce la modificación de los tipos delictivos con consecuencias desproporcionadas para el enjuiciamiento del caso concreto: la prolongación de las penas de prisión hasta un cumplimiento efectivo de 40 años en caso de terrorismo; los delitos de apología del genocidio o del terrorismo, adelantando la intervención del

⁸⁰ JAKOBS en ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B.; MUÑOZ CONDE, F., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, F., “Entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, cit., p. 29.

intervencionismo punitivo hasta un momento muy anterior a la comisión de cualquier acto con relevancia suficiente para ser considerado penalmente sancionable; la convocatoria de referéndums ilegales o la condena a penas de entre 15 y 17 años de prisión a quienes participen o dirijan una operación de tráfico clandestino de personas. Esos ejemplos acogidos en nuestra legislación positiva han sido puestos en duda desde la perspectiva de su encaje democrático, por ser contrarios a los principios del Estado de Derecho y al respeto a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

5. Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del derecho económico

El derecho penal económico habita una zona comprometida en la frontera con un derecho penal represivo y utilitarista, por lo que representa el aspecto negativo de la expansión penal del derecho y su utilización simbólica por el Estado (derecho penal simbólico)⁸².

Las reformas que padece nuestro código penal desde su aprobación en 1995 reflejan el crecimiento del ámbito de expansión del intervencionismo estatal que han llevado al ex Fiscal General del Estado Eduardo Torres-Dulce a posicionarse contra la última reforma del año 2015⁸³; el anhelo de seguridad y el sentimiento de vindicación que existe en la sociedad, que provocan, gracias a determinados episodios delictivos de gran difusión, una demanda social de

⁸² DIEZ RIPOLLES, J.L., “El derecho penal simbolico y los efectos de la pena.”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México)*, vol. 35, 103, 2002, p. 15.

⁸³ EFE, “Torres-Dulce ve rasgos «autoritarios» en la reforma del Código Penal”, *ELMUNDO*, 2015, fecha de consulta 2 junio 2015, en <http://www.elmundo.es/espana/2015/05/29/556816d5268e3e82518b456e.html>.

criminalización de cuantas conductas pongan en peligro el modo de vida occidental.

Como decíamos, la consideración de la seguridad como un derecho fundamental ha modificado el modo de entender los principios político-criminales, que no son ya derechos reaccionales frente al poder omnímodo del Estado, sino como sustrato del derecho a la seguridad, lo que implica un deber de actuación en pos de la protección penal por parte del Estado⁸⁴, así, los tipos penales de nueva creación y el “ensanchamiento de los ya existentes” empujan a la situación –de dudable eficacia–, de cargar sobre los hombros de la pena la solución de profundos problemas sociales y económicos.

El caso del blanqueo de capitales, al igual que otros delitos, supone un ejemplo paradigmático de la expansión del derecho penal que en estas páginas venimos tratando. En sus orígenes el blanqueo se asociaba de manera casi exclusiva a los bienes derivados del narcotráfico. El Código de 1995 calificaba como constitutiva de blanqueo las conductas de ocultación relacionadas con “delitos graves”, si bien en la reforma del año 2003, se extendió a todo delito. Será la reforma de la L.O. 5/2010 la que asocie el blanqueo no sólo a los bienes procedentes de una “actividad delictiva”, sino a todo bien de “origen ilícito”, ampliando también las conductas integrantes del tipo a la “posesión”, “utilización” y al “autoblanqueo”⁸⁵.

La tipificación del delito de blanqueo no es ni mucho menos pacífica en la doctrina. Se tiende a entender que dicha tipificación es un mecanismo que pretende desincentivar al autor del delito-base y de cualesquiera delito. Prueba

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, cit., p. 132.

⁸⁵ BLANCO CORDERO, I.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El Delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 25.

de ello es que la sanción del delito de blanqueo no implica necesariamente la del delito-base y que aquel se dirige a los beneficios de la actividad delictiva, lo que supone una real amenaza de los beneficios obtenidos con la actividad delictiva y la posibilidad de obtener prueba que permita perseguir el delito-base⁸⁶.

La razón instrumental de este tipo penal no es otra que penar al “blanqueador” para desincentivar al autor del delito-base, lo que no parece suficiente para justificar la pena tan elevada (incluso superior a la del delito-base) que se impone al delito de blanqueo. De igual modo, difícil justificación puede encontrar el hecho de que este delito haga posibles responsables penales en distinto grado a sujetos que, de inicio, son ajenos al delito-base y a la actividad de blanqueo en sentido estricto.

Sujetos que pueden tener una obligación de comunicación administrativa de hechos, a su juicio, constitutivos de blanqueo (*whistleblowers*); sujetos a los que se implica en el cumplimiento de funciones de protección de bienes jurídicos mediante la denegación de cooperación con los potenciales infractores (*gatekeepers*) que sólo responderá en caso de comisión activa; y sujetos que pueden ser asimilados a la posición de garante –aquel sujeto a quien incumbe un deber específico de evitación del resultado lesivo para un bien jurídico determinado– cuyo objeto sea la neutralización de los actos de blanqueo de capitales y que, por tanto, podrán responder en comisión por omisión de la dejación de su deber positivo de actuación⁸⁷.

No se trata sólo de personas físicas obligadas a un especial deber de colaboración por razón de su puesto o de su sector, sino que también a las

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, cit., p. 134.

⁸⁷ AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016, p. 13.

personas jurídicas se les obliga a controlar las posibles operaciones de blanqueo que puedan producirse en su estructura, a detectarlas y neutralizarlas por vía de un “debido control” de sus empleados y directivos.

Ese “debido control” se identifica en la doctrina con los programas de cumplimiento (*criminal compliance programs*) y el esfuerzo, acreditado, por su establecimiento y puesta en práctica, pues de otro modo se estaría incurriendo en un claro y grave “defecto de organización” de la persona jurídica, lo que conlleva a la evidente consecuencia de convertir a todos los administradores, directivos y trabajadores de una empresa en garantes de la no comisión de delitos de blanqueo en su organización, en el establecimiento de una posición de garantía universal⁸⁸.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, cit., p. 139.

CAPITULO II. EL BIEN JURÍDICO

I. El bien jurídico y el derecho penal económico.

Las relaciones sociales y económicas actuales parecen imponer una valoración diferente de Justicia, de la relación del ciudadano con el ordenamiento penal –que no se percibe ya sólo como la relación entre el Estado y el delincuente, sino como la evitación del riesgo a los titulares de derechos- y, en consecuencia, exigen una concreción de los fines y de la eficacia de la norma penal con un alcance distinto a los planteamientos del Derecho penal del siglo XX.

La categoría de Derecho penal económico surge en este contexto como un intento de explicar las características comunes a una serie de delitos que podrían considerarse una familia dentro del orden penal, regido por sus características normas y principios⁸⁹; y se ha definido estrictamente como el conjunto de normas que protegen el intervencionismo del Estado en la Economía lo que supondría considerar como delitos económicos sólo aquellos que atentan contra la formación de los precios, los monetarios, el contrabando, el blanqueo y el delito fiscal, al entender como tales las infracciones jurídico-penales que lesionan o ponen en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía. Pero esta concepción deja fuera muchas otras infracciones y autores distintos de los descritos, por lo que en un sentido más amplio sería el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, lo que

⁸⁹ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 65 y ss.

pone la protección del orden económico en primer plano⁹⁰, definiéndose entonces el delito económico como la infracción que, afectando “prima facie” a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁹¹.

Existe sí un concepto amplio y otro más estricto de delito económico. El concepto más estricto hace referencia a las infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, lo que conformaría el “Derecho penal administrativo económico”. Junto a ese concepto estricto se reconoce un concepto amplio de delitos económicos que incluiría las infracciones vulneradoras de bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que trascienden la dimensión puramente patrimonial individual del delito, sin afectar la regulación del intervencionismo estatal en la economía. Pero dicho concepto amplio no es fácil de consensuar en cuanto a su alcance⁹².

En nuestro análisis del tipo delictivo de la insolvencia punible nos atendremos a un concepto amplio de derecho penal económico, siendo el bien jurídico la primera categoría del tipo a estudiar.

No es una teoría pacífica la del bien jurídico aunque sólo sea por su origen histórico de contestación a la concepción individualista de la “lesión de

⁹⁰ Sin embargo, se pierden la univocidad y precisión exigibles en la labor conceptual como advierten BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 15.

⁹¹ *Ibid.*, p. 12 y ss.

⁹² MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 100.

derechos” de FEUERBACH, si bien, y aunque no hagamos ahora un desarrollo histórico de la evolución de la misma⁹³, si podemos afirmar que pese alas críticas que haya podido recibir y los trabajos realizados sobre la misma⁹⁴, la teoría del bien jurídico y su principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es criterio rector a la hora de fundar un sistema penal, al tiempo que

⁹³ Junto a BIRNBAUM estarán VON LISZT y WELZEL, los cuales también conciben al bien jurídico cómo un concepto independiente de la legislación; y por otro, tendremos a BINDING, HONIG y MEZGER, para quienes el derecho penal no tiene por qué proteger bienes jurídicos, sino que aquello que el derecho penal proteja será considerado bien jurídico.

⁹⁴ JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Arg., 2001; ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista penal*, 18, 2006; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 35, 3, 1982; HEFENDEHL, R., “El bien jurídico: imperfecto pero sin alternativa”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 1, 2008, pp. 389-404, Edisofer, 2008; MÜSSIG, B., “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, *Revista de derecho penal y criminología*, 9, 2002, p. 170 y ss Muy crítico con la actividad legislativa actual en Alemania, donde también se evidencia la introducción de tipos penales que hacen referencia a bienes jurídicos «vagos» a los que se asocian penas desproporcionadamente altas y sin conexión con el núcleo del derecho penal. Afirmando con ello la quiebra práctica de la teoría del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, habida cuenta del sacrificio de garantías; la porosidad de las definiciones de elementos objetivos y subjetivos y la inclusión de delitos de manifestación y de organización que, a su juicio, demuestran la verdadera implantación de un «Derecho penal del enemigo» y de un moderno estado de excepción como estándar de actuación; JIMÉNEZ, E.C., “La «teoría material del bien jurídico» del sistema Bustos / Hormazábal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, 0, 2015; ROXIN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 15, 2013. En el que ya se plantean cuestiones hoy en día vigentes desde la consideración del bien jurídico como problema teórico y límite a la acción del legislador y de la política criminal, hasta la dificultad de conceptualizar el bien jurídico con carácter general desde la perspectiva constitucional.

es un punto de partida válido sobre el que iniciar el análisis de los delitos⁹⁵, como así haremos.

No es único el concepto de bien jurídico pues éste irá ligado a las concepciones filosóficas y de legitimación del derecho penal que se empleen en su análisis⁹⁶, pero se puede decir que el consenso mínimo en la teoría del bien

⁹⁵ KIERSZENBAUM, M., “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y ensayos*, vol. 86, 2009, p. 187. El autor explica que el concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal. Así, el bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. Sin embargo, esta idea de bien jurídico como noción reductora de la coerción estatal se encuentra actualmente en una de sus más fuertes crisis; PAWLIK, M., “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2016, p. 11. Considera el autor que la afirmación según la cual el Derecho penal sirve a la protección o aseguramiento de bienes jurídicos goza de un reconocimiento prácticamente unánime en la discusión jurídico-penal actual, por lo que con amplia cita de autores alemanes, cuestiona esta comprensión para posteriormente sentar las bases de una concepción del injusto penal alternativa, basada en la figura de la persona en Derecho y su competencia jurídico-penal para mantener la indemnidad de concretos intereses ajenos.

⁹⁶ Conseguida con el racionalismo la emancipación del Derecho penal y la teología – la separación del pecado y el delito; de la penitencia y la pena- las distintas corrientes filosóficas fundamentan una distinta justificación y finalidad del Derecho penal que hoy en día se entiende todavía mayoritariamente como la defensa de bienes jurídicos penalmente relevantes: HEFENDEHL, R., *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016; ÁLAMO, M.A., “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios penales y criminológicos*, 29, 2009; R. R. P. BRAGA, “Reflexiones sobre las teorías del bien jurídico protegido en materia penal”, *ECA: Estudios centroamericanos*, 684, 2005; CUELLO CONTRERAS, J., “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 34, 2, 1981; S. M. PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”, *Estudios penales y criminológicos*, 14, 1989; SÁNCHEZ, J.A.L., “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, *Revista*

jurídico –del principio de lesividad por el que el derecho penal sólo debería proteger bienes jurídico penales–, a la que nos adscribimos, consiste en que el “bien jurídico” es visto como el punto de encuentro entre “injusto” y “política criminal”⁹⁷.

La autonomía valorativa de los bienes jurídicos que posee el Derecho penal ha de llevarnos, siguiendo a MUÑOZ CONDE, a considerar bienes dignos de una protección penal aquellos “presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”⁹⁸, alejándonos de una concepción demasiado estricta del bien jurídico⁹⁹ que impediría desarrollos futuros de una sociedad, y buscando el equilibrio entre dinamicidad y la necesidad de garantía del bien jurídico¹⁰⁰, sin perder de vista que la determinación de los bienes jurídicos dignos de protección suponen un juicio valorativo de la realidad moral y la necesidad social del grupo sobre el que se pretende legislar que puede conllevar una perversión del bien jurídico si se pone al servicio de la protección de los valores y bienes del grupo social dominante en un momento histórico, que podría conllevar el uso represivo del derecho penal para atacar y contrarrestar a las minorías¹⁰¹.

chilena de derecho, vol. 22, 2, 1995; SANCHÍS, L.P., “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, 65, 2003.

⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J.J., “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 1, 1990, p. 32.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F.; ARÁN, M.G., *Derecho penal. Parte general*, 9ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 63.

⁹⁹ MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, cit., p. 209. Considera bienes dignos de una protección penal aquellos con una relevancia social fundamental para la vida social.

¹⁰⁰ ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, cit., p. 5.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, F.; ARÁN, M.G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 66.

De ahí la necesidad de elaborar un concepto formal y material de bien jurídico que, como ya decíamos, se hace complejo en el ámbito doctrinal.

En un Estado Democrático y de Derecho, como el que rige en España, dicha relevancia social para el bien jurídico podría buscarse en el texto constitucional vigente¹⁰², pues el bien jurídico aprobado será válido siempre que el reconocimiento de aquél como susceptible de protección penal respete los límites a la acción política que marca la Constitución con el reconocimiento de bienes y derechos¹⁰³, cuando la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos se ciña a esos límites en las circunstancias estrictamente necesarias y más graves¹⁰⁴.

¹⁰² Considerando la Constitución como primera fuente determinante de los objetos de protección y concediendo al legislador el papel de selección la determinación de los restantes intereses colectivos dignos de protección J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 32. Con MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE, podemos afirmar que la Constitución no es la única fuente legitimadora de bienes jurídico penales, pues existen para el primero determinados bienes jurídicos con valor social no recogidos en ella de forma específica, como puede ser el bien de la seguridad en el trabajo vinculado al derecho al trabajo constitucional; y existen también conflictos dentro de la propia Constitución al reconocer derechos a grupos distintos y, en ocasiones contrapuestos, que el legislador ordinario deberá conciliar, como sucede con los derechos constitucionales reconocidos a todos los ciudadanos, frente a los reconocidos a aquellos sujetos a un proceso penal, en los que los deseos de retribución, reparación o venganza de los perjudicados han de ser moderados. Mientras que para MUÑOZ CONDE detrás de todo bien jurídico debe existir un «interés humano» un beneficio al desarrollo personal del individuo, pues los bienes son producto del acuerdo social basado en evidencia, de forma tal que el legislador «no los saca de la realidad social», sino que los configura mediante una función política y un proceso constitutivo.

¹⁰³ Ni la Constitución obliga a defender penalmente todo su contenido, ni todo ataque a la misma tiene por qué merecer la protección del derecho penal S. M. PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”, cit., p. 213.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F.; ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 63.

La teoría del bien jurídico la consideramos como concepto básico que constituye el punto de referencia obligado para fundamentar, limitar e interpretar el Derecho penal en un sistema penal democrático¹⁰⁵, pues la pregunta por el bien jurídico protegido en el Derecho penal es “la pregunta por el valor social cuya indemnidad ha requerido la prohibición de ciertas conductas” y la severa sanción (penal) de su transgresión, pues el mismo es considerado como “un bien importante para la sociedad como libertad o condición de libertad”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SZCZARANSKI, F., “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra.”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 14, 2012, p. 405 y ss. Rechazando la teoría funcionalista de JAKOBS la misión del derecho penal es garantizar la identidad de la sociedad al declarar que la conducta defraudatoria no forma parte de la integración social que se debe tomar en cuenta, sin que sea su cometido el evitar lesiones a bienes jurídicos, sino que el bien a proteger será la firmeza de las expectativas esenciales de la sociedad. De esta forma, en contra de una visión del delito como atentado primordialmente a individuos, sostenida en base a una teoría de lesión a bienes personales, todo delito será daño social, señalando que si es el derecho el que hace que los bienes poseídos fácticamente por alguien sean comprendidos como algo que los demás deben respetar -con lo que el sujeto pasa a ser titular de derechos y el resto adquiere existencia jurídica mediante la obligación o deber de no lesionar ese derecho-, entonces la infracción a ese deber es delito en contra de la persona en tanto ser social. Por lo anterior, el delito mismo es perturbación de la estructura normativa de la sociedad, esto es daño social, que consiste en la contradicción entre una persona competente y la obligatoriedad de una institución, incluso cuando dicha institución es una pura norma.

Así se limita la función protectora del Derecho penal a la afirmación de la vigencia de la norma, pues detrás de ella siempre hay un interés o bien jurídico por el que se comprende, interpreta y critica la vigencia de tal norma; pero sin referencia al bien jurídico esta función parece vacía de contenido y tautológica.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, *Cuadernos de derecho judicial*, 7, 1999, p. 13.

Aún con todo, se hace prácticamente imposible encontrar un concepto “sustancial” de bien jurídico que abarque todos los delitos, pues aunque el bien jurídico puede determinar el contenido del injusto de cada figura delictiva individualmente considerada, no puede proporcionar un núcleo de injusto común a todo tipo de comportamiento antijurídico; por lo que se ha propuesto determinarlo en relación a su función de justificación de los límites impuestos a las libertades de los ciudadanos reconocidas en la Constitución –que es lo que da sentido a la norma concreta–, como orientación y límite a la pena que el legislador puede imponer¹⁰⁷.

La defensa de bienes jurídicos es la esencia de la formulación y operatividad del Derecho penal, lo que destaca la enorme importancia que tienen éste y las funciones asociadas al mismo. La función crítica¹⁰⁸ de los bienes jurídicos, nos permitirá conocer los intereses de política-criminal y defensa social en la mente del legislador para poder juzgar si los mismos protegen verdaderos bienes jurídico-penales y si la forma de protegerlos es la adecuada¹⁰⁹. También nos permite una verdadera distinción, organización y concreción de tipos penales según el bien que protejan (función sistemática) que evite arbitrariedades en su aplicación al describir los elementos del tipo, el alcance de la prohibición concreta, la permisón de determinadas conductas atentatorias del bien jurídico (causas de justificación), la imputabilidad del individuo, la punibilidad y la importancia de la pena a imponer (función

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 157. Se opone su “concepción procedimental del bien jurídico” a la planteada por JAKOBS sustituyendo el bien jurídico por la necesidad de reafirmar o estabilizar la vigencia de la norma vulnerada y garantizar la “identidad de la sociedad”.

¹⁰⁸ Función negada por el normativismo radical.

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F.; ARÁN, M.G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 67.

interpretativa)¹¹⁰El bien jurídico nos facilita el contenido del injusto y pone en concordancia los derechos fundamentales recogidos en la Constitución con la validez de las limitaciones que estos sufren en el uso del derecho punitivo del Estado(función limitadora del “*ius puniendi*”)¹¹¹.

Por tanto, en el análisis dogmático de cada tipo, la determinación del bien jurídico protegido determinará en muchos casos el contenido y alcance del injusto, la justificación de la penalidad asociada al comportamiento antijurídico, la naturaleza del delito o su ubicación sistemática¹¹², lo que no es ajeno al Derecho penal económico ni al delito de este artículo 259 que estamos analizando.

El desarrollo legislativo histórico de un país condiciona la decisión sobre los bienes jurídicos a proteger en cada momento, que dependerán de las concepciones morales y las necesidades sociales del momento¹¹³. Nuestro Código no es excepción y su contenido es fruto de la sociedad burguesa en que ve la luz por primera vez, siendo así que la evolución histórica de la concepción del Estado, de la vida social y de la economía han determinado cambios en el Derecho penal que, hoy día, supone la aceptación de que el derecho penal ha de ir extendiendo su protección a bienes menos individuales, pero de gran relevancia para amplios sectores de la población.

¹¹⁰ ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, cit., p. 6; S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, Reppertor, Barcelona, 2011, p. 164.

¹¹¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 179.

¹¹² MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 145.

¹¹³ MUÑOZ CONDE, F.; ARÁN, M.G, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 65.

BUSTOS RAMÍREZ introduce la distinción de bienes jurídicos “microsociales” y “macrosociales”, entendiendo por los primeros aquellos como la vida, salud individual, libertad; y los segundos, como los bienes jurídicos institucionales que miran al funcionamiento del sistema, tales como el bien jurídico “garantía”, los cuales están al servicio de los microsociales. Ambos deben ser considerados en razón de la “complejidad” del Estado moderno¹¹⁴.

Con MUÑOZ CONDE¹¹⁵ se puede distinguir en el actual Código penal una división entre delitos contra las personas –con afectación de bienes individuales- y delitos contra la sociedad –con afectación del orden social o bienes jurídicos comunes –sin suponer esto un posicionamiento dualista con respecto a la teoría del bien jurídico¹¹⁶– lo que supone la existencia de bienes jurídicos individuales que afectan directamente a la persona y, bienes jurídicos colectivos, que afectan al sistema social como agrupación de varias personas individuales¹¹⁷.

¹¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987 BUSTOS recurre a la idea de VON LISZT sobre el bien jurídico como un «producto social». De ahí que el objetivo de una teoría crítica del bien jurídico, sea el poner de relieve la discriminación y la injusticia del derecho penal, que se produce cuando las posiciones dogmáticas encubren ideológicamente el objeto de protección.

¹¹⁵ La fuerza de la posición del autor no puede igualarse a la de los orígenes de la Escuela de Francfort y ni siquiera a su inicial posicionamiento junto a HASSEMER, pues viene a admitir la posibilidad de considerar la protección de los bienes colectivos económicos desde la perspectiva de su afectación mediata a la libertad individual o a la autorrealización de la persona.

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, F.; ARÁN, M.G., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 65.

¹¹⁷ CASTRO MARQUINA, G., *La necesidad del derecho penal económico: su legitimidad en el estado social y democrático de derecho*, B de F, Montevideo, 2016, p. 69 Señala que la perspectiva de MUÑOZ CONDE parte de un presupuesto equivocado, pues el aspecto colectivo no necesariamente ha de alcanzar al bien

El bien jurídico nos permite “conocer los presupuestos axiológicos del sistema, y facilita con ello su evaluación y crítica”, pues la conexión entre la norma y el bien jurídico-penal exige que el primer paso para concretar éste, “sea la interpretación de los términos exactos del enunciado de la norma, para que, una vez fijado, dicho objeto de protección se convierta no sólo en conclusión de la interpretación, sino en medio de la misma”¹¹⁸.

En el Derecho penal económico, además de las cuestiones debatidas en la doctrina ya apuntadas, sigue hoy vigente la discusión doctrinal acerca de cuál es el objeto estricto de protección de los delitos integrados bajo éste concepto y si dicho objeto los puede unificar dentro de esa categoría, pues a pesar de la reforma tan honda y extensa padecida por el Código penal, no todo lo escrito sobre este particular con anterioridad a 2015 ha perdido su valor como veremos. Aunque es especialmente complejo adentrarse en el estudio del bien jurídico en el ámbito del Derecho penal económico toda vez que se hace necesario prestar atención al significado que cada autor da a los conceptos, pues sus significados, aunque parecidos, pueden variar enormemente en cuanto a las ideas que recogen¹¹⁹.

Previo a este debate nos encontramos también con el propio de si el derecho penal debería dedicarse a fenómenos como el de la delincuencia de empresa, pues existen argumentos diversos a favor de la inhibición del derecho penal en la materia toda vez que, por ejemplo, el autor del delito es, al mismo tiempo, creador de riqueza; la realidad social demuestra que los delitos que son

jurídico, pudiendo referirse a la modalidad de agresión, sin perder la perspectiva de que hoy en día los ataques a los bienes jurídicos individuales se desarrollan en el marco de contextos de acción colectiva.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El bien jurídico protegido”, cit., p. 14.

¹¹⁹ CASTRO MARQUINA, G., *La necesidad del derecho penal económico*, cit., p. 68.

considerados como verdaderamente graves en el contexto social son otros como los de terrorismo o violencia en el ámbito familiar, pero no los económicos; y los delitos cometidos en el marco de una empresa no merecen una estrategia propia, pues en realidad son fenómenos de delincuencia común y su complejidad, dinamicidad y estructura anuncian un fracaso en la labor del derecho penal¹²⁰.

Desde luego no hay duda de que la criminalidad económica de empresa es la más notable por razón de la cantidad de afectados y de las cuantías asociadas a la misma por razón del daño o la responsabilidad civil, por lo que no cabe más remedio que afrontar la realidad criminal de unos hechos que atentan contra bienes protegidos constitucionalmente¹²¹ y que justifican sobradamente la existencia del Título XIII del Libro II del Código penal, sin que ese contenido constitucional permita bajar la guardia en cuanto al evidente riesgo de excesiva criminalización y expansionismo del derecho penal en este ámbito, que resultaría disfuncional e, incluso, un riesgo en sí mismo al desarrollo económico del país¹²².

¹²⁰ SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R.; DEMETRIO CRESPO, E., *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2008, p. 12.

¹²¹ Aunque los bienes jurídicos recogidos en la Constitución no son los únicos bienes susceptibles de defensa penal, como ya hemos expresado, es cierto que el artículo 38 CE “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” añadiendo que los poderes públicos garantizan su protegen su ejercicio y la productividad, y el artículo 33 CE añade que “se garantiza el derecho a la propiedad”, al tiempo que se citan diversos derechos por los que deben velar los poderes públicos, como son la seguridad en el trabajo; la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28 CE); la defensa de la salud y de los intereses económicos de los consumidores (art. 51 CE), entre otros.

¹²² SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R.; DEMATRIO CRESPO, E., *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, cit., p. 14.

Así el ámbito del Derecho penal económico, además de su función de político-criminal estableciendo límites a la acción del legislador, cumple el bien jurídico su función sistemática y organizadora de un modo significado; pero muy especialmente su función interpretativa, pues, aunque no se trate de la defensa de bienes calificados tradicionalmente como “personalísimos”, se hace necesario acudir al bien jurídico para distinguir entre delitos que protegen el patrimonio, “intereses difusos”¹²³ y bienes colectivos, cuestión nada sencilla en los términos actuales de la regulación de los delitos del Capítulo XIII, que parece emplear la teoría del bien jurídico más que como límite al “ius puniendi”, como exigencia de punibilidad¹²⁴.

Y a la dificultad de la determinación de qué bienes jurídicos constituyen el cuerpo del llamado Derecho penal económico, se añade la previa de identificación de los bienes jurídicos con interés de protección penal en la delincuencia económica, pues dicha labor se encuentra con la resistencia de considerar los intereses económicos como ajenos al ámbito penal en un mundo global que exige –y provoca– una desregulación en la actividad económica más que una intervención en la misma por vía penal, que más parece romper con los principios garantistas de “ultima ratio” y de protección de bienes jurídicos verdaderos para convertir el Código penal en el instrumento de protección de los cambiantes programas políticos y económicos¹²⁵.

¹²³ Categoría que, recogida en el derecho italiano, viene a conceptualizar esos bienes jurídicos colectivos un tanto indeterminados e imprecisos en su amplitud, que se refieren a la defensa de la sociedad o la comunidad, no tanto del Estado, y cuya legitimidad y admisibilidad es discutida. LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 177.

¹²⁴ SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R.; DEMATRIO CRESPO, E., *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, cit., p. 26.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 27.

No hay duda que los intereses patrimoniales se han defendido en nuestro Código penal desde sus orígenes codificados, por lo que no es que el Derecho penal de este siglo esté planteando “ex novo” conductas punibles sin sustento en nuestro derecho histórico, sino que los ataques se realizan en modalidades y contra realidades propias de nuestro tiempo¹²⁶ a las que el derecho penal ha de prestar su protección¹²⁷.

Las críticas realizadas a la expansión del derecho penal sobre la vulneración de los principios del derecho penal – el de subsidiariedad, fragmentariedad, intervención mínima, “ultima ratio” y, especialmente, al de ofensividad– entendiendo que muchas de las conductas sancionadas en el ámbito del llamado Derecho penal económico no son idóneas para vulnerar un bien jurídico-penal ni tan necesarias como para justificar la intervención del Derecho penal, son válidas, igual que lo son las que ponen el énfasis en la poco meditada labor legislativa que provoca graves disfunciones en el proceso de lo que se ha considerado el proceso normal de legislación penal y de interpretación de la norma sancionadora¹²⁸. Pero todas estas críticas no pueden obviar la realidad ya expresada de que la criminalidad de empresa y la criminalidad de “cuello blanco” son muy relevantes en nuestra sociedad y

¹²⁶ *Vid.* El estudio de las conductas típicas más adelante.

¹²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters, 2013, p. 55 y ss Considera que la actual regulación del Derecho penal económico constituye el máximo exponente del proceso vicio de regulación de algunos tipos en dónde no se buscan bienes jurídicos que, como tales, necesiten protección penal, sino que en la práctica legislativa actual se localizan conductas que provocan disfunciones en el ámbito socioeconómico o respecto a la cual existen (o no) mandatos, generalmente de instituciones comunitarias o internacionales, para intervenir, construyéndose un tipo penal abstrayéndose del bien jurídico y quedando el esfuerzo de determinar cuál es el interés protegido en manos de la doctrina.

¹²⁸ Por todos, *Ibíd.*, p. 15 y ss.

merecen una respuesta adecuada, por lo que no podemos negar la necesidad de sanción penal, si bien es evidente que el proceso legislativo encaminado a este fin es más que mejorable, lo que debería ayudar a una labor dogmática que hoy se centra de manera evidente en legitimar la acción en el contexto socioeconómico y en consensuar conceptos que permitan establecer límites claros a la acción estatal¹²⁹.

El Derecho penal liberal hacía frente mayormente a una criminalidad individualizada; pero las formas de delincuencia moderna y económica exigen formas nuevas de combate y aquí surge el debate sobre si los instrumentos clásicos del derecho penal son válidos o si el empleo de alguno de ellos, como la tipificación de delitos de peligro abstracto, son los apropiados para abordar este tipo de criminalidad económica¹³⁰.

La realidad de los primeros años del siglo XXI nos ha dado sobrados ejemplos de fraudes económicos que han generado un tremendo daño a la sociedad mundial (la quiebra del sistema hipotecario) y de situaciones que han provocado un daño sostenido en el tiempo para enormes grupos de población (explosión de centrales nucleares japonesas gestionadas por la empresa privada TEPCO), por lo que no toda actuación del Derecho penal en el ámbito económico debería quedar constreñida al momento de la constatación del daño¹³¹.

¹²⁹ CASTRO MARQUINA, G., *La necesidad del derecho penal económico*, cit., p. 11 y ss.

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Partes especial*, 20 revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 463.

¹³¹ CASTRO MARQUINA, G., *La necesidad del derecho penal económico*, cit., p. 88.

Los delitos de peligro son, desde luego, un instrumento ampliamente empleado en defensa de los bienes jurídicos colectivos¹³², como medio de protección de intereses económicos, bien porque se entiende por el legislador que los tipos penales clásicos no alcanzan a proteger debidamente realidades delictuales nuevas (o nuevos modos de hacer lo de siempre); o bien porque se dan situaciones en las que es difícil concretar el bien jurídico protegido y, por ende, para determinar cuándo el mismo puede considerarse lesionado¹³³.

Se cuestiona la legitimidad de los delitos de peligro por suponer un excesivo adelanto de la intervención penal y una manifestación, en muchos casos, del derecho penal simbólico. Y dicho cuestionamiento se produce también por extensión en relación a su aplicación en el ámbito del Derecho penal económico, donde se pone de manifiesto otra de las críticas hechas a esta técnica legislativa, como es el de su ineficacia para atajar la criminalidad de empresa. Especialmente crítica es la referencia a los delitos de peligro en su modalidad de peligro abstracto¹³⁴ en los que se identifica el bien jurídico con la “ratio legis” que impulsó al legislador a tipificar tal conducta¹³⁵.

¹³² FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Civitas, 2005, p. 308.

¹³³ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales”, en *Estudios de derecho penal económico*, 2002, pp. 45-122, 2002, p. 99.

¹³⁴ Dentro de la categoría de delitos de peligro se distinguen los de peligro concreto, equiparados a los de resultado por la dogmática, y los de peligro abstracto; si bien existe una tercera clase que se denomina «de aptitud para la producción de un daño». Vid sobre el particular ESCRIVÁ GREGORI, J.M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Editorial Bosch, 1976.

¹³⁵ CEREZO MIR, J. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*, 10, 2002, p. 48.

La realidad económica y la imperfección del sistema de economía de mercado –sin entrar en la discusión acerca de la intervención que el Estado debiera tener en este tipo de economía¹³⁶– servirían para justificar la intervención del Derecho en su modalidad de penal. Pero junto a esos defectos estructurales existe también una palmaria afectación a bienes jurídicos individuales constatable con una serie de conductas (la infidelidad en la gestión; la desigualdad en las relaciones negociales; el enriquecimiento sin causa y la ineficacia provocada de las obligaciones contraídas) que merecen ser combatidas para reducir su habitualidad¹³⁷.

Como decíamos, dichas conductas contrarias al patrimonio, la propiedad y el orden económico han estado tipificadas en nuestros Códigos penales históricos y se hace oportuno un análisis histórico de la concepción del bien jurídico para intentar entresacar claves interpretativas para adoptar posición sobre el bien jurídico protegido en el delito de insolvencia punible.

II. El bien jurídico desde una perspectiva histórica.

Desde nuestros Códigos penales del siglo XIX se prevé la punición de los delitos de alzamiento de bienes, de las insolvencias punibles y de las quiebras fraudulentas, por tanto, el recurso a nuestra historia legislativa del

¹³⁶ ALONSO-MARTÍNEZ, C.B., “Mercado, Estado y Economía Mundial”, *Revista de economía mundial*, 1, 1999; C. R. DEL RÍO, “El papel del Estado en una economía de mercado”, en *La política económica en el horizonte del siglo XXI: homenaje a José Jané Solá*, 1998, 7, pp. 35-46, Universidad de Málaga (UMA), 1998.

¹³⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico”, cit., p. 102.

siglo XX ha de servirnos para establecer indicios acerca de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de insolvencia punible.

El Código Penal de 1870 recoge la tradición de códigos anteriores y ordena este tipo de delitos dentro de una Sección llamada de “Alzamiento, quiebra, e insolvencia punibles”, ubicada en el Capítulo de “Defraudaciones” en el Título denominado “De los delitos contra la propiedad” del Libro II.

Esta organización se mantendrá hasta el Código de 1995, sin cambios especialmente significativos en su ubicación y sistemática, a través de los códigos de 1928, 1932, 1944, 1963 y 1973.

Es el Código penal de 1995 el que viene a cambiar de modo notable esta ordenación, toda vez que las defraudaciones pasan a ubicarse en el Capítulo VII “De las insolvencias punibles”, en los artículos 257-261, dentro del Título XIII de los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico”, siempre dentro del Libro II del Código¹³⁸.

No se trató sólo de cambios nominales, sino que el Código de 1995 supuso en este terreno la introducción de tipos delictivos antes desconocidos,

¹³⁸ GARCÍA RIVAS, N., “Reflexiones sobre responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera”, en *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, Ratio Legis, 2014, p. 166 En la tramitación parlamentaria se optó por mantener el delito atendiendo sobre todo a razones de política criminal europea, dado que su derogación habría obstaculizado los instrumentos de reconocimiento mutuo con países de la unión europea que mantienen una tipificación equivalente (CUGAT MAURI, GONZÁLEZ CUSSAC). Si se acometiese algún día dicha despenalización habría que cubrir posibles áreas de impunidad mediante una reforme acorde del delito de alzamiento de bienes (CUGAT MAURI en contra de MARTINEZ-BUJÁN) que se convertiría así en el autentico delito de insolvencia.

como determinados tipos específicos de alzamiento de bienes -art. 257.1.2º sobre la provocación de insolvencia en un procedimiento ejecutivo y el artículo 258 CP sobre la insolvencia generada para evitar cumplir la responsabilidad civil derivada de un delito-, el favorecimiento de acreedores una vez dictado el auto de apertura de concurso, sin respetar las normas de prelación de créditos de éste (art. 259 CP); y el delito de presentación de documentación contable irregular en procedimiento concursal (artículo 261 CP). Se ampliaba así la esfera punitiva incluyendo conductas criminales relacionadas con la situación de insolvencia¹³⁹.

No fue pacífica la denominación del Título XIII al no especificar cuál de sus figuras delictivas debían considerarse atentatorias del patrimonio y cuáles del ámbito socioeconómicos, o si podría considerarse que los mismos tenían una naturaleza mixta¹⁴⁰. Del mismo modo fueron igualmente criticados determinados tipos por considerar que las conductas ya se encontraban recogidas en el tipo básico del artículo 257¹⁴¹, o representaban excepciones a reglas de impunidad, como el artículo 261 CP en relación a las falsedades ideológicas¹⁴².

¹³⁹ SOUTO GARCÍA, E.M., “Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995”, 2008, Universidad de Coruña, La Coruña, p. 19.

¹⁴⁰ HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, en *El nuevo Código Penal : presupuestos y fundamentos : (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)*, 1999, pp. 791-812, Comares, 1999, p. 794.

¹⁴¹ RAMOS RUBIO, C., “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, *Partida doble*, 69, 1996; En este sentido, VIVES ANTÓN, T.S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, 1998.

¹⁴² MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 135; C. RAMOS RUBIO, “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, cit., p. 37.

El propio delito de insolvencia fraudulenta (art. 260 CP) se redefinió completamente, abandonando la redacción del delito de quiebra propia de los Códigos vigentes en el siglo XX con referencias extensas a las normas mercantiles (ley penal en blanco) y enumeración de conductas consideradas delictivas; al tiempo que se mantuvo en el texto legal a pesar de que fue considerado un delito superfluo en los trabajos legislativos, al existir ya un tipo de alzamiento, e inoperativo en la práctica forense, planteándose el legislador su retirada del Código penal en el año 1995, si bien motivos no del todo explícitos llevaron a su mantenimiento en el texto penal y su confirmación en la reforma que el mismo sufrió en el año 2003¹⁴³. Parece ser que se trataba en la práctica de no dificultar la convergencia legislativa penal con Europa, varios de cuyos países sí contemplan este delito¹⁴⁴, o los gravísimos escándalos financieros sucedidos en los años 90 en Estados Unidos que incitaban a contar con todas las armas necesarias para hacer frente a crisis empresariales grandes¹⁴⁵.

En cualquier caso, la redacción del artículo 260 CP parecía indicar el fin de la estrecha vinculación entre el Derecho mercantil y el Derecho penal, que si bien se redujo de forma significativa, no llegó a desaparecer, pues a pesar del tenor literal del apartado 4 de dicho artículo –“en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”– seguía siendo requisito necesario la previa declaración del concurso para apreciar la

¹⁴³ Sobre los avatares del delito de concurso fraudulento en la tramitación legislativa de la Ley Concursal, *vid.* CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, Iustel, Madrid, 2008, p. 40.

¹⁴⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El Delito Concursal punible tras la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 33.

¹⁴⁵ ARIZA COLMENAREJO, M.J.; GALÁN GONZÁLEZ, C., *Reflexiones para la reforma concursal*, 2010, p. 93.

existencia de la insolvencia fraudulenta¹⁴⁶. En esa misma línea de separación de los dos órdenes se hizo desaparecer la prejudicialidad mercantil en el orden penal, que obligaba a esperar la calificación de la quiebra como fraudulenta o culpable por el juez mercantil y la remisión completa de la norma anterior a la legislación mercantil para concretar las conductas típicas de carácter penal¹⁴⁷.

Si de la mente del legislador pretendiésemos concluir cuál ha de ser el bien jurídico común a todos los delitos regulados bajo el Título XIII, debería ser o la propiedad –el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, como dice el Código Civil– o el patrimonio, y ello porque así se ha denominado dicho título durante el siglo XX: desde 1870 hasta 1973 el Título ha variado su número entre el XIII y el XIV, pero ha mantenido inmodificado su nombre de “Delitos contra la propiedad”; sólo el Código penal aprobado en 1995 modificó el nombre del título, como ya hemos dejado dicho, llamándolo de los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

Los Capítulos también han permanecido inalterados en su referencia a las defraudaciones hasta el Código de 1995, en el que el Capítulo VII del Título XIII pasó a denominarse “De las insolvencias punibles” con un contenido diferenciado entre el delito de alzamiento de bienes (perjudicar la ejecución; eludir la responsabilidad civil derivada del delito...) y los delitos vinculados al concurso de acreedores (favorecimiento de acreedores; generación o agravación de la insolvencia; falsedades contables...), quedando reservado el

¹⁴⁶ SOUTO GARCÍA, E.M., “Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995”, cit., p. 26.

¹⁴⁷ El artículo 521 del Código penal de 1944, tras su reforma de 1973, seguía remitiendo al contenido del artículo 888 del Código de comercio para identificar las causas de culpabilidad de la insolvencia.

título “De las defraudaciones” al Capítulo VI y a los delitos de estafa, apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, por lo que puede decirse que el legislador ha señalado como bien protegido en los delitos contenidos en el Capítulo VII del Código de 1995 el patrimonio¹⁴⁸.

Por razón de su posición sistemática, tras la aprobación y entrada en vigor de éste Código en 1996, puede entenderse que dado que dicho Capítulo VII entra dentro de aquellos delitos que se ven afectados por la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP, apartado 1¹⁴⁹, el bien jurídico debía ser el patrimonio, pues la ubicación de dicho artículo parecía marcar una frontera divisoria en la sistemática del Código.

La realidad es que dicho artículo 268 CP no contiene definición alguna en torno a la naturaleza jurídica de los delitos a los que afecta, y aunque se amparaba bajo esa excusa los capítulos I a IX del Título XIII, no puede ser suficiente para considerar que el bien jurídico protegido en las insolvencias punibles es exclusivamente el patrimonio.

Puede decirse que el legislador no tiene un especial interés en intervenir en el debate ordenando o clasificando de forma distinta los tipos o concretando más los títulos de las Secciones y Capítulos, pues éste ha dejado pasar tal

¹⁴⁸ En los Códigos penales vigentes en el siglo XX se consideraba una defraudación cualificada, pues se hace especialmente forzado en este tipo apreciar un engaño o fraude previo en todos los casos de concurso fraudulento A. MONGE FERNÁNDEZ, *El Delito Concursal punible tras la reforma penal de 2015*, cit., p. 36.

¹⁴⁹ El artículo 268 se ubica dentro del Capítulo X del citado Título XIII con el nombre de “Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”.

posibilidad reforma tras reforma, por lo que esta última tampoco supone un cambio de relevancia en relación al bien jurídico¹⁵⁰.

Esto no es algo exclusivo de nuestro legislador del Código penal de 1995, sino que ya en 1960 se solicitaba en la doctrina una reforma de los delitos del Título XIII del Código penal de 1944, que sería reformado en 1963, para acomodar los tipos al contexto social y empresarial entonces vigente: *“Es necesario volver a meditar sobre la ordenación legal de estos delitos. Acometer su reforma de acuerdo con las necesidades y fenómenos económicos actuales, teniendo en cuenta las profundas transformaciones que ha sufrido el concepto mismo del derecho de propiedad, expresadas en la formulación de los principios del Estado Español de 17 de mayo de 1958 (II), que ya no es la propiedad romana y liberal del siglo XIX. Una reforma acorde con las ineludibles exigencias de la técnica jurídica y con las enseñanzas que se desprenden de la Criminología, en la que los antecedentes históricos proporcionarán poco más que la nomenclatura...”*¹⁵¹.

El nuevo nombre dado a algunos Capítulos y Secciones del Título XIII no ayuda en cuanto a la determinación concluyente del bien jurídico protegido. En el caso de los Capítulo VII y VII bis, en el que el contenido de los tipos recogidos allí no permite una nítida conexión con el título bajo el que se recogen, nos obligan a la hora de determinar el bien jurídico protegido a acudir, necesariamente, a su contenido a fin de poder determinarlo.

¹⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Y OTROS, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 791.

¹⁵¹ RODRIGUEZ DEvesa, J.M., “Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 1 enero-marzo, 1960, p. 40.

El Código penal del año 1995, como hemos explicado, asumía las innovaciones que se venían incorporando en otros códigos europeos desde hacía años, especialmente en el campo de la delincuencia económica, si bien ninguno de ellos había superado la dificultad de definir nítidamente el objeto de protección de este tipo de delitos y tampoco de concretar el concepto de patrimonio, como bien jurídico aceptado por la mayoría de la doctrina como el propio de este tipo de delitos, cuestión ésta que sí podría quedar fijada para mayor seguridad jurídica, pues dentro del lógico entendimiento de que el legislador buscará la protección no sólo de bienes individuales, sino también de bienes supraindividuales o colectivos en determinadas circunstancias, por lo que sería adecuado al principio de legalidad, y a la exigencia de taxatividad de la norma penal restrictiva de derechos, que dichos bienes jurídicos pudiesen quedar perfectamente delimitados dentro de los diferentes tipos¹⁵². El mismo RODRIGUEZ DEVESA explicaba cómo la historia de estos tipos delictivos es la historia de un debate empírico no finalizado, pues todos los delitos del Título XIII se resienten de su ascendencia civilística romana, lo que provoca la mayor parte de las incongruencias consideradas dentro del sistema legislativo penal¹⁵³.

La ayuda que el legislador podría prestar en la interpretación de la norma con su labor de sistematización en el Código es negada una y otra vez. Negada la posibilidad de una “interpretación auténtica” del legislador y la falta de una sistematicidad clara en el Código, provoca que se ceda la determinación del bien jurídico a la doctrina y a la jurisprudencia, pues del Código mismo no puede extraerse una nítida diferenciación de la protección de bienes jurídicos

¹⁵² CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, 1999.

¹⁵³ RODRIGUEZ DEVESA, J.M., “Consideraciones generales”, cit., pp. 39-40.

patrimoniales individuales de aquellos otros tipos con una clara orientación protectora de intereses socioeconómicos.

Para nuestro objeto de estudio la ubicación sistemática –histórica y actual– del artículo es un referente más, pues tampoco el legislador, en las reformas más extensas y profundas del Código penal como han sido las de 2003, 2010 y 2015, ha hecho por solventar la discusión doctrinal, y si bien en esta última reforma se ha modificado la numeración y ubicación de determinados artículos del Título XIII, en todo caso, añade esto un motivo más de comentario a la dificultosa determinación del bien jurídico protegido en estos tipos.

III. Los bienes jurídicos en el Título XIII del Código Penal

Acudiendo ahora al contenido de los tipos analizados, es fácil notar en la evolución histórica de nuestro Código penal en el siglo XX que el legislador ha incluido en las definiciones de los delitos económicos, patrimoniales o socioeconómicos, lo que plantea el problema de la autonomía del Derecho penal frente al resto del ordenamiento: son los conceptos traídos de otras disciplinas del Derecho, especialmente del ámbito civil y del civil-mercantil lo que ha llevado a los autores a plantearse si debe asumirse en la norma penal, de forma general, la definición propuesta en aquella otra rama de la que el mismo proceda; si esto ha de decidirse caso a caso, o, como tercera posibilidad, si habría de incorporarse al ordenamiento penal con una definición propia.

Durante todo el siglo XX fue tema de desarrollo doctrinal la interacción del Derecho civil con otras ramas del ordenamiento, considerando a aquel

tronco de todas ellas y planteándose si la identificación de conceptos existía y era deseable; si los paradigmas civilistas conservaban su contenido dentro de la rama penal o si requerían un enfoque y conceptualización distintos; para acabar planteando una necesaria diferenciación entre ambas ramas.

El concepto mismo de delito pone de manifiesto la conexión de este orden jurisdiccional con el Derecho civil, pues los “*delicta*” romanos fueron modalidades del derecho civil (“*furto*”, “*iniuria*”...) que hoy sólo existen en el derecho penal¹⁵⁴.

El origen histórico de estos delitos se enmarca, aunque por un periodo breve de tiempo en Roma, dentro del derecho civil, siendo así que hoy día algunas de esas figuras no tienen más que una valoración penal y la discusión sea casi circular: valorar cualquier alternativa no penal (civil o administrativa, principalmente) para la sanción de determinados comportamientos que por su naturaleza, autor o cuantía podrían considerarse “bagatelas” para el Derecho penal. Soluciones que no deben perder de vista que la privatización del Derecho penal en el civil, al estilo del “mercader de Venecia”, o la sanción administrativa sin consideración práctica a los principios puramente penales cuando se trata de daños pequeños y penas también menores¹⁵⁵.

De dicho origen civilista de los delitos de índole económica ha bebido nuestra legislación hasta el mismo siglo XX con la regulación de la prisión por deudas, a la que ya hemos aludido y cuyo retorno ha sido, en las constantes

¹⁵⁴ SILVA MELERO, V., “Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 1, 1948, p. 248.

¹⁵⁵ CUELLO CONTRERAS, J., “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, cit., p. 476 y ss.

reformas penales, un fantasma que amenazaba con volver en el ámbito de la prevención y represión de la delincuencia económica.

Puede parecer que el Derecho civil necesita al penal para tener una verdadera aplicación práctica, que necesita su fuerza coercitiva para hacer valer sus disposiciones y que el derecho penal no tendría apenas espacio de actuación si no se ocupase de la protección de los bienes jurídicos regulados por el Derecho civil, aunque en realidad el derecho civil tiene vida propia fuera del ámbito penal y del ámbito procesal judicial.

No puede decirse que se trate de decidir entre supremacía y subrogación de una u otra rama, sino más bien de que el penalista sienta la necesidad de *“columbrar los problemas desde la altura de la teoría general del Derecho, y a la ciencia del Derecho punitivo, en una posición bastante más airoso dentro del campo jurídico, de la que suele atribuírsele por los que creen que aparece enucleada de los conceptos generales; aislándola de la linfa vital y conduciéndola a resultados estériles.”*¹⁵⁶

Aunque no puede hablarse de una primacía y una subordinación de uno sobre otro, o una repulsión como la mezcla de agua y aceite, como decimos, no han faltado quienes han promovido una especie de liberación del derecho penal con respecto al derecho civil, las posiciones clásicas se dividen entre la *monista*, también llamada civilista, de la correspondencia o de la identidad, por entender que el derecho sancionatorio sólo viene a endurecer las sanciones civiles previas y, por tal razón, asumen los conceptos empleados en estas como propios, además de que mantener el significado de tales conceptos sería

¹⁵⁶ SILVA MELERO, V., “Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal”, cit., p. 252.

necesario por razón de la “unidad de ciencia del derecho”; y la tesis *autonomista* o de la independencia, que entiende que los conceptos penales han de ser propios de esta rama del derecho, pues su finalidad obliga a diferenciar sus conceptos de los civiles¹⁵⁷.

Se criticó a ambas posiciones el ser apriorísticas, intransigentes y no acercarse a la realidad de la regulación, en la que pueden encontrarse conceptos, como el caso de la “prenda”, cuyo significado no puede ser otro que el que le otorga el derecho civil y, en nuestro caso, la “quiebra” o el “concurso” no son cosa distinta de la que se establece en el Código de Comercio y en la Ley Concursal.

Es esta posición intermedia o realista la que nos permite acercarnos con mayor facilidad al bien jurídico protegido en el Título XIII y en nuestros artículos 259 y 259.bis CP.

Son ineludibles las referencias civiles que este Título del Código Penal contiene y no han de ser obviadas, pues las relaciones entre las ramas del Derecho son muchas, y han sido objeto de estudio durante todo el siglo XX en la doctrina italiana, alemana, suiza y española¹⁵⁸.

De entre los conceptos civiles más relevantes para esta parte del Código que estamos analizando, y de los más discutidos, han estado siempre el de “propiedad” y el de “patrimonio” al ser no sólo las palabras empleadas en el *nomen iuris* del Título en que se encuadran los delitos de alzamiento de bienes,

¹⁵⁷ RODRIGUEZ DEvesa, J.M., “Consideraciones generales”, cit., pp. 45-46.

¹⁵⁸ Con referencias a las distintas posturas de las doctrinas extranjeras, *vid.* V. SILVA MELERO, “Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal”, cit., p. 247.

sino conceptos básicos del Derecho civil que vienen a ser protegidos desde la perspectiva penal y que han tenido un desarrollo conceptual parejo al desarrollo social, que también ha afectado de manera directa a la tipificación de los delitos de quiebra o concurso.

De hecho la quiebra aparece como una institución de difícil ubicación en el sistema penal en toda esa evolución: surge al mismo tiempo que el comercio pasa a convertirse en el sinónimo de la prosperidad de los Estados; por tanto, puede decirse que es un producto de los primeros siglos del Estado moderno, si bien se la relega a un segundo plano en la segunda mitad del siglo XIX, en que el comerciante cede su puesto al empresario al que se aplicará un derecho económico más amplio que el puro Derecho mercantil o que el Código de comercio, para, por último, acomodar ese concepto de quiebra a la actividad empresarial del siglo XX que adopta la velocidad y el alcance –beneficioso y perjudicial– propio del desarrollo de las herramientas de la comunicación digital e informática¹⁵⁹.

Por tanto, se hace necesario como cuestión previa al debate sobre el alcance micro o macro –social o económico– del bien jurídico protegido, establecer, en la medida de lo posible el contenido y el alcance de qué se entiende por patrimonio y si la propiedad, en su acepción civil, ha de ser considerada parte del bien jurídico protegido, pues casi parece consustancial al concepto su definición cambiante según el país, la escuela, la cátedra o el autor que se acerque a su estudio.

¹⁵⁹ Así lo expresa BUSTOS RAMÍREZ, J.J., “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, cit., pp. 30-32.

1. La propiedad

Desde el siglo XIX y hasta el año 1995 el Título XIII ha tenido el nombre de “Delitos contra la propiedad”, pero con el Código penal “de la democracia” se hizo necesario meditar sobre la ordenación legal de estos delitos teniendo en cuenta las transformaciones que había sufrido la economía y los conceptos de propiedad y patrimonio. Más aún cuando bajo el Título XIII se recogían conductas tipificadas penalmente cuando recaían sobre los propios bienes, por lo que no podía decirse que el bien jurídico protegido fuese la propiedad en el sentido privatista, lo que obligaba o bien a acoger un concepto más amplio de propiedad, lo que podría justificarse por los matices especiales del Derecho penal con respecto al civil, o buscar otro que de por sí fuese más vasto en su significado¹⁶⁰.

La primera opción sería una cuestión de valoración caso a caso por el Derecho penal, y la segunda fue la que llegó a nuestro derecho a través de la influencia de Italia y Alemania, donde ya en el siglo XX existía la denominación de la clase de delitos que se acogen bajo nuestro Título XIII como “Delitos contra el patrimonio”.

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F., “El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes”, *Cuadernos de derecho judicial*, 10, 1998, pp. 202-203.

2. *El patrimonio y sus distintas concepciones: jurídica, económica y personal.*

El concepto no presenta más facilidades de definición que el de propiedad, pues requiere igualmente buscar un sentido suficientemente amplio para abarcar todas las conductas y, al mismo tiempo, que permita matizarlo en cada caso para atender al fin del artículo concreto sin vulnerar los principios del ordenamiento penal.

Dejando de lado el análisis que en el lenguaje común se pueda dar a un término con tantos posibles entendimientos (Patrimonio Nacional; patrimonio del incapaz; patrimonio hereditario; patrimonio social...) y partiendo de la definición de nuestro diccionario de la lengua española¹⁶¹, sólo la cuarta entrada de la misma tiene un carácter jurídico: “*Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica*”. Más ampliamente, la definición contenida en el diccionario jurídico de RIBÓ, podemos decir que el patrimonio es el *conjunto de bienes, de cualquier clase que sean, que componen el haber o hacienda de una persona. La afectación de dicho bienes a la referida persona ha de ser consecuencia de alguno de los negocios jurídicos que generan un título suficiente para permitir el uso, disfrute o disposición de los bienes referidos al que es su titular patrimonial. Dichos bienes han de ser valorables económicamente.*¹⁶²

¹⁶¹ Patrimonio: “1. m. Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes. 2. m. Conjunto de los bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título. 3. m. patrimonialidad. 4. m. Der. Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”.

¹⁶² RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de derecho*, 4, Bosch, Barcelona, 2012, p. 789.

Destacamos en la definición transcrita el uso reiterado de los conceptos de “bien” y “persona” y la relación entre ellos por medio de un título jurídico suficiente, pues sobre estas ideas gira la discusión doctrinal civil y penal sobre el particular.

En la doctrina clásica civilista no es un concepto unívoco y no hay acuerdo sobre su naturaleza jurídica, contenido o clases. El análisis del concepto de patrimonio en el ámbito civil agrupa diversas cuestiones relativas a la persona que sea titular suyo, a los bienes o masa de bienes, a los actos del titular en orden a estos bienes y a las normas, los principios patrimoniales; en último término, son los confines del derecho positivo del derecho positivo los que definen el campo del patrimonio¹⁶³.

DORAL, citando a DE CASTRO, entiende que el patrimonio será la masa de bienes (debe y haber) con valor económico –incluidos determinados derechos económicos pero no “comerciales”, como el derecho al crédito o al honor profesional– afectada y caracterizada por su atribución y modo de atribuírsele a quien sea su titular, pues la condición de persona influye sobre la condición de patrimonio y viceversa, sin que este concepto sea inocuo a las leyes y normas que le atribuyen derechos, funciones y caracteres especiales, que son quienes verdaderamente lo definen¹⁶⁴.

Así como otros tipos pueden considerarse suficientemente concretados con el empleo del concepto civilístico con su sentido privativo exacto, por

¹⁶³ Así introduce DORAL su estudio sobre el patrimonio en DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A., “El patrimonio como instrumento técnico jurídico”, *Anuario de derecho civil*, vol. 36, 4, 1983, p. 1270.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 1282.

ejemplo “depósito”, otros, como el caso del artículo 259 CP, son excesivamente amplios e inconcretos para las exigencias del derecho penal y ha de entenderse que afectan perjudicialmente al principio de legalidad.

En la doctrina penal es necesario discutir si efectivamente el derecho penal ha de proteger únicamente los bienes con un valor económico reconocible; si se protege el patrimonio como “*universitas iuris*” o partes de él; si las deudas están o no incluidas; o si se protegen también las expectativas derivadas o asociadas a la tenencia de ese bien del que se ha visto privado el sujeto pasivo del delito o el valor sentimental que pudiera unir al sujeto con el objeto, aunque esto no sea económicamente cuantificable.

Esta situación de falta de concreción del contenido del concepto de patrimonio, tanto desde la perspectiva de considerarlo un presupuesto objetivo del tipo; como desde el tenor jurídico privativo, tiene consecuencias directas sobre el tipo, pues obliga a la doctrina penalista a tratar de componer un concepto que responda a las necesidades del Derecho penal, sin rechazar necesariamente la ayuda de otras ramas del Derecho y, como ya decíamos, siempre desde un sentido realista y teleológico del mismo¹⁶⁵.

Compartimos la posición que entiende que en el Derecho penal no se protege el patrimonio como unidad, sino que se defienden concretos elementos integrantes de éste, entre los que se discute si debería incluirse la defensa de bienes con un nulo valor económico, pero que como pertenecientes a un sujeto

¹⁶⁵ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 43.

titular de esos bienes y que desea conservarlos serían merecedores de cierta protección¹⁶⁶.

Para el alzamiento de bienes del Código Penal de 1995, del que la quiebra punible era tipo gregario, el perjuicio a los acreedores debía entenderse como económico, pues se exigía también que la relación entre acreedor y deudor tuviese también un carácter patrimonial y que ésta fuese legítima y protegible por el ordenamiento jurídico, lo que casa con la perspectiva económica del concepto de patrimonio, entendido como todos aquellos bienes que tienen un valor económico, estén o no protegidos por el Derecho, lo que provoca un claro conflicto en determinadas situaciones como bienes poseídos en conflicto de interés; en contra de la ley o sin título alguno.

Si sólo se criminalizasen los objeto con valor económico quedarían fuera del ámbito de protección penal muchos objetos y derechos sin apenas valor, además de las deudas. Así pues, desde una **concepción jurídica** del concepto de patrimonio, este puede decirse que este incluirá todo lo que el

¹⁶⁶ STS 329/2015, de 02/06/2015: “El perjuicio puede considerarse como una desvalorización del patrimonio, ocasionada por cualquier causa. Es importante a estos efectos determinar el concepto de patrimonio al que se debe atender.

(...) recientemente, STS nº 201/2014, de 14 de marzo, se afirmaba en relación al perjuicio patrimonial, que “...es cierto que tiene lugar cuando se produce una disminución patrimonial lesiva para el perjudicado, pero la jurisprudencia ha manejado un concepto objetivo individual de patrimonio que obliga a tener en cuenta la finalidad económica de la operación realizada por el titular a los efectos de identificar la existencia del perjuicio patrimonial”.

Por lo tanto, podrá apreciarse la existencia del perjuicio típico cuando mediante la conducta imputada se impida al titular del patrimonio afectado el ejercicio de sus facultades para la disposición ordinaria del mismo a la que tenía derecho, en orden al cumplimiento de las finalidades decididas por aquel titular”(F.J. 2º).

Derecho reconozca como derecho subjetivo patrimonial, independientemente de su valor económico¹⁶⁷.

Para definir un poco más ajustadamente el contenido del concepto de patrimonio recogido en el artículo 259 CP hay que acudir, como decimos, a criterios teleológicos o sistemáticos propios del Derecho penal, pues la amplitud del concepto impide una determinación *per se* del límite del acotamiento del desvalor. Y así la mayor parte de la doctrina española entiende que la ya citada teoría realista de acercamiento entre los conceptos civiles y penales, permite igualmente afirmar la oportunidad de la definición de patrimonio contenido en llamada **teoría jurídico-económica**, que lo entiende constituido “*por el conjunto de todos los bienes con valor económico de que dispone una persona y respecto de los cuales posee algún reconocimiento jurídico*”, pues dicha concepción intenta superar las posiciones extremas económicas y jurídicas extremas, pues “frente a la concepción jurídica, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico (estén o no concretados en derechos subjetivos), mientras que frente a las teorías económicas, supone una importante restricción al considerar bienes patrimoniales únicamente aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica”¹⁶⁸.

Se ha considerado la llamada “**teoría personal del patrimonio**” como un intento de superación de ciertas limitaciones de que adolece la teoría jurídica-económica cuando no existe una afectación al haber contable de un

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 46.

¹⁶⁸ HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, 1980, p. 35 y ss.; Lo define F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 46 como «la suma de aquellas cosas que tienen un valor económico objetivo, en tanto estén protegidas por el Derecho».

patrimonio, pues en las situaciones en que un bien sale de un patrimonio pero entra su correspondencia en otro bien de valor similar o su contraprestación en dinero, esta teoría mixta no entiende que haya afectación del derecho del acreedor¹⁶⁹. Cabría pensar que esta teoría podría tener su aplicación en relación a los nuevos delitos de perjuicio de un bien entregado en depósito, pues una contraprestación económica puede no suplir las posibilidades de desarrollo personal que el bien facilitaba a su dueño (recibir dinero a cambio de un vehículo que, por viejo que estuviese, era útil para desplazamientos y trabajos de carga); pero no sería lógico aplicar dicha teoría al alzamiento de bienes, pues supondría una inmovilización no deseada del patrimonio del deudor y una limitación extensa al derecho de propiedad reconocido a los individuos.

Por último, conviene citar dos teorías de cuño alemán sobre el patrimonio. **La teoría de la vinculación jurídico-económica** del patrimonio, según la cual, “si el ordenamiento jurídico veda o prohíbe la disposición sobre un bien, o no dispensa ninguna protección al titular del mismo, tampoco puede reconocerse protección penal a los elementos integrantes del patrimonio como valores protegidos”¹⁷⁰. Y junto a ésta, se encontraría la teoría que entiende el patrimonio no como “universitas iuris”, sino como **conjunto o suma de bienes**, cuestión que por superflua ha sido criticada en nuestra doctrina¹⁷¹.

¹⁶⁹ CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, cit., p. 66 y ss Cita la STS 23/04/1992 (aceite de colza) como ejemplo de la aplicación de esta teoría personal del patrimonio en nuestra jurisprudencia: «no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido».

¹⁷⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible: ¿una solución penal a un problema mercantil? : (análisis del artículo 260 CP)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 66.

¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 43.

3. *Elementos integrantes del patrimonio*

Tratándose aquí de ahondar en la figura concreta del artículo 259 no podemos dejar de considerar como sujeto del patrimonio a la sociedad mercantil y las peculiares características del haber contable de la misma, pues en él es evidente que las deudas sí tienen un valor (permitirán la deducción de parte de los beneficios y el pago de una menor cantidad en el Impuesto sobre Sociedades o podrán enajenarse onerosamente a terceros que quedarán como titulares de dichos créditos), pero también lo tienen bienes intangibles de muy difícil valoración económica como patentes, marcas, fondo de comercio, cartera de clientes, empleados de alta cualificación, modelo de negocio, “*know-how*”...

El concepto de patrimonio protegido en el Derecho penal, según MUÑOZ CONDE, ha de incluir no sólo la posesión, que aquí tendrá un ámbito más amplio que en el Derecho civil acogiendo en ocasiones la protección de ciertas expectativas de derecho¹⁷², sino también las deudas, pues el tipo de trata de proteger el cumplimiento de determinadas obligaciones que, a fin de cuentas, son deudas. E igualmente habrá de proteger la obligación del deudor de soportar la acción de sus acreedores en los términos del artículo 1911 CC, por lo que habrá de existir una relación obligacional previa con un contenido

¹⁷² En la práctica forense, por vía de responsabilidad civil se dará cobertura a las consecuencias indeseadas del injusto y se castigará éste acorde a la concurrencia de dolo o imprudencia, incluyendo la satisfacción del lucro cesante siempre que el tipo lo permita, pues en la frustración de la ejecución es mayoritaria la jurisprudencia que entiende que no se podrá satisfacer por vía de responsabilidad la deuda cuya ejecución se ha impedido, sino exclusivamente el perjuicio padecido por la obstaculización del proceso de ejecución, apremio o embargo.

económico en la que se protegerá no sólo el bien en su valor, sino también en el uso que pueda tener para la persona perjudicada¹⁷³.

Como partes integrantes del mismo se han señalado: (i) todos los derechos subjetivos patrimoniales de valor económicos (usufructo, posesión, derechos inmateriales...) ¹⁷⁴; (ii) el incremento económico con vistas de futuro (reservas de propiedad, derecho de tanteo, ofertas vinculantes...); (iii) las expectativas fácticas de derecho, siempre que sean negocios con expectativa de ganancia y que tengan reconocimiento jurídico, pues no es lo mismo lo que el titular del patrimonio pretendía hacer con ese bien, que la verdadera proyección económica que dicho bien posee; (iv) las pretensiones inválidas, siempre que tengan un valor económico cuantificable¹⁷⁵.

Si desglosamos las características que a nuestro juicio debe reunir el concepto, desde luego que el concepto penal de patrimonio ha de referirse a un objeto dotado de valor económico para ser considerado delito; pero no necesariamente ha de protegerse únicamente la relación jurídica reconocida entre la persona y la cosa, pues las posesiones sin título o el dominio ejercido

¹⁷³ MUÑOZ CONDE, F., “El bien jurídico protegido”, cit., p. 212.

¹⁷⁴ El conflicto se genera a la hora de decidir si la posesión que tiene su origen en un acto ilícito o nulo puede ser protegida por el Derecho penal. Frente a quienes como MUÑOZ CONDE, F. entienden necesario un título que suponga un reconocimiento y una protección jurídica, hay quienes defienden que sí puede gozar de protección, pues el despojo de la posesión implica para el propietario la obligación de acudir a los cauces adecuados para recuperarla y, además, el poseedor podrá ejercer la defensa interdictal frente a terceros del bien ilícitamente poseído, lo que es beneficioso para su legítimo propietario y su expectativa de recuperar el bien. Como ejemplo el caso de la usurpación de bienes inmuebles, en el que el propietario no podrá recuperar la posesión por la fuerza y los ocupantes gozarán de los derechos propios del inquilino precarista.

¹⁷⁵ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible*, cit., p. 72 y ss.

en conflicto de intereses serán suficientes para justificar la adscripción del bien a un patrimonio, siempre .

Junto a ello incluimos la posesión y las obligaciones como parte integrante del patrimonio, que adquiere así una dimensión más amplia que lo estrictamente económico, dejando las expectativas como un legítimo objeto de indemnización a través de la responsabilidad civil derivada del delito, pero no como parte del concepto de patrimonio desde la perspectiva formal.

Entendemos igualmente incluidos aquellos activos contables que sin un derecho de propiedad o un título habilitante para justificar su posesión, en el sentido civilístico del término, proporcionan una ventaja o beneficio a la sociedad haciéndola sujeto de derechos o merecedora de privilegios, como el acceso al crédito o una valoración financiera superior.

En conclusión, podemos afirmar que el concepto de patrimonio, extensamente tratado en la dogmática civil y no tanto por la penal, tiene unos límites en su contenido flexibles y amplios, lo que se justifica por razones de política-criminal y la necesidad de abarcar con él todas las conductas descritas dentro del Título XIII y dentro de cada tipo penal. Tal concepto amplio y flexible parece necesario para dar un cierto contenido y orientación común a estos delitos, pero el conflicto con el principio de legalidad es evidente, por lo que se hace necesario estudiar si el concepto de “orden socioeconómico” ayuda a la concreción del de patrimonio con carácter general y cuál habrá de ser el propio del delito de alzamiento de bienes.

Podría decirse que la indefinición que adolecen los tipos de este Título bebe directamente del nombre del mismo, pues si ya resulta costoso concertar un contenido común al concepto de patrimonio, el orden socioeconómico se

presta a una flexibilidad aún mayor al carecer de perfiles definidos, dando todo ello la razón a quienes advierten que la ubicación sistemática del tipo no tiene porque condicionar su verdadero contenido y razón de ser.

Sin entrar en este punto en el debate histórico sobre esta cuestión, nuestra Constitución de 1978 contiene disposiciones de índole económica que permiten la aplicación de un programa económico de cualquier índole, razón por la cual se la ha calificado de “neutral”, dado el juego existente entre la necesidad de cubrir ciertos intereses generales por la actividad pública del Estado, que no permite un liberalismo económico puro y radical, y el reconocimiento de la libertad de empresa (art. 38 CE)¹⁷⁶.

Con el Código penal de 1995 se introdujo en la rúbrica del Título XIII el concepto de orden socioeconómico junto al más aceptado y conocido concepto de patrimonio. Llegó al Código de 1995 tras pasar por los Proyectos y Anteproyectos de 1980, 1983, 1992 y 1994 sin terminar de definirse como un título autónomo y compartiendo finalmente su regulación con la de los delitos clásicos contra el patrimonio, del que indudablemente derivan, pero no coinciden exactamente¹⁷⁷.

Por “orden” puede entenderse “orden público”. La noción artificial de orden público aplicada a lo económico viene a imponer, a través de diversa legislación de defensa de los consumidores y prohibiciones de afectación de la competencia, limitaciones a la autonomía de la voluntad que las partes tienen

¹⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO-SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, cit., pp. 17-19.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 50.

reconocida en el artículo 1255 CC. Pero no sólo las leyes, sino también las buenas costumbres y la moral se imponen a dicha previsión legal¹⁷⁸.

“Las referencias hechas en los Códigos al orden público, a las buenas costumbres o a la moral tienen una importancia central en los ordenamientos jurídicos: sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el buen orden jurídico), facilitando su positivación, al mencionarse en la Ley. El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios general del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho; negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia”¹⁷⁹.

Es reconocido, tanto en la doctrina civilística como en la penal, que el derecho de propiedad de un ciudadano sobre su patrimonio no es omnímodo como pudiera deducirse de la lectura del Código civil y que existe un orden público económico digno de protección¹⁸⁰; y así como el Derecho civil limita determinados actos de disposición sobre el mismo por razón de orden público al defender determinados valores y sujetos (entre otros, la libre competencia y los consumidores), el derecho penal viene a establecer una garantía reforzada sobre tales limitaciones para aquellos casos de mayor intensidad del ataque injusto a esos valores sociales de índole económica.

¹⁷⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, 4, 1982, p. 1014 y ss.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 1037.

¹⁸⁰ Como explica *Ibid.*, p. 1046 el concepto de «orden público económico» se introdujo en España en la Exposición de Motivos de la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, asumiendo esta elaboración conceptual traída de Francia.

El orden público económico existe, dice MUÑOZ CONDE, y es digno de protección penal en algunas de sus vertientes, pero cuál es el contenido del concepto “orden socioeconómico” ha de delimitarse aún en el derecho civil y, por ende, en el penal¹⁸¹.

La distinción delito económico-delito patrimonial, es decir, estricto y amplio, no se hace sobre la base del perjuicio económico producido, sino sobre la base del orden normativo concretamente infringido: el orden público económico en sentido amplio regula las relaciones económicas entre los particulares y el estricto la intervención del Estado en determinados sectores económicos.

También se puede hablar de un derecho penal económico en sentido estricto como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden socioeconómico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía, en donde el objeto de protección sería el orden económico, pero concretado en el interés específico del Estado expuesto en cada tipo penal, que será el bien jurídico en sentido técnico. Esto podría compararse con un concepto más amplio del mismo como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden socioeconómico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, concepto que amplía los límites al aparecer el orden económico como un bien jurídico mediato detrás de cada una de las figuras delictivas y de sus bienes jurídicos específicos¹⁸².

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 59.

¹⁸² BAJO FERNÁNDEZ, M; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, cit., pp. 11-14; MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 102.

El orden económico a que se refiere el Derecho penal económico puede ser también categorizado como estricto, cuando se refiere a la regulación jurídica del intervencionismo del Estado en la economía, o como amplio, si hace referencia a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios¹⁸³.

Existe consenso en cuanto a que, hoy día y en relación al Título XIII, en dicho concepto no se incluyen por el Legislador las actividades del Estado en el ámbito de la economía conforme a lo prevenido en los artículos 128.2 y 131.1 de la Constitución, pues para la protección de este orden económico están los delitos contra la Hacienda Pública y con la Seguridad Social, así como los relativos a la falsificación de moneda, el fraude de subvenciones, etc.

Cuando se ha definido el orden económico como “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” la amplitud del concepto facilitaba la clasificación, pero perdía notablemente precisión, pues la propiedad privada protegida en el hurto y el robo definidos en el Título XIII, no afecta a la economía en este sentido tan amplio¹⁸⁴.

Ante la ausencia de una definición más limitativa del alcance de lo que ha de entenderse en Derecho penal por “económico”, cabe preguntarse si un daño mayor cuantitativamente hablando podría ser motivo para clasificar una determinada conducta como una actividad típica afectante al orden socioeconómico del país. En los primeros años de este siglo XXI hemos leído en la prensa como los concursos de grandes y pequeñas empresas traían

¹⁸³ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, cit., p. 15.

¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, F. “El bien jurídico protegido”, cit., p. 217.

consigo la quiebra y la bancarrota de otras empresas subsidiarias o colaboradoras. De igual modo la riqueza es un concepto relativo y la basura de un hombre puede ser el tesoro de otro. Por tanto, la idea de que a partir de una determinada cuantía podría considerarse un tipo “clásico” del Título XIII como expresamente vulnerador de la economía nacional no parece adecuada, pues en el ámbito de las personas físicas la frontera cuantitativa de los 400 euros para considerar, por ejemplo, un hurto como delito es un límite más que razonable y objetivable con relación a variables económicas muy estudiados como el sueldo mínimo y medio¹⁸⁵.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística¹⁸⁶ en España existe una disminución de las empresas concursadas desde el año 2014 donde entraron en concurso 2.126 empresas en su primer trimestre, siendo así que en el tercer trimestre de 2016 se declararon en concurso 995 empresas. De estas, 865 son empresas y de ellas, como trataremos también más adelante, 412 no facturaban más de 500 mil euros, el 57,2% del total de empresas concursadas tenía menos de 6 empleados y, de estas, el 31,1% no tenía asalariados.

¹⁸⁵ El salario medio bruto español en 2014 fue de 1634 euros y de 1875 en 2016. El salario mínimo en 2016 es de 655 euros, en “EL SALARIO MEDIO EN CADA COMUNIDAD DE ESPAÑA Y CADA PAÍS DE LA UE”, *La Vanguardia*, fecha de consulta 8 diciembre 2016, en:

<http://www.lavanguardia.com/vangdata/20150519/54431721672/salario-medio-espana-ue.html>; “ESPAÑA - SALARIO MEDIO 2016”, *datosmacro.com*, fecha de consulta 8 diciembre 2016, en <http://www.datosmacro.com/mercado-laboral/salario-medio/espana>; “SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL 2017”, fecha de consulta 8 diciembre 2016, en <http://www.salariominimo.es/>.

¹⁸⁶ “NOTA DE PRENSA. PROCESOS CONCURSALES”, fecha de consulta 8 diciembre 2016, en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0316.pdf>.

Decir que hay estafas, robos, hurtos y alzamientos de escasa cuantía que hacen pensar en si verdaderamente merecen la atención del Derecho penal, es perder de vista la necesidad de que el ordenamiento atienda todas las realidades vigentes en una sociedad¹⁸⁷; ignorar la perspectiva de relatividad que implican las magnitudes objetivas y obviar que la gran masa de delincuentes económicos realizan sus injustos actos en cuantías no muy elevadas, por lo que podríamos decir aquello de que un grano no hace granero, pero...

No hay enemigo pequeño, ni delito patrimonial pequeño, por lo que rechazamos que el objeto de protección sea exclusivamente supraindividual, que se ve no sólo en lo expuesto, sino en la configuración de los tipos de este Título que contienen requisitos de procedibilidad y no se configuran como delitos de peligro, lo cuál sería lógico si el bien protegido fuese supraindividual, pues poco interesarían los daños provocados en los particulares¹⁸⁸, como más adelante desarrollaremos.

La magnitud del daño ha sido considerada en los Códigos penales del siglo XX –excepto en el del 95 que no contenía en el artículo 260 CP ninguna referencia a la magnitud del daño ni distinción alguna por dicho motivo– como agravante del injusto tipificado, pero no como cualidad definitoria del tipo¹⁸⁹.

¹⁸⁷ CUELLO CONTRERAS, J., “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, cit., p. 478.

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Partes especial*, cit., p. 235.

¹⁸⁹ El Código penal de 1870 introdujo el artículo 539 con el siguiente tenor literal: “En los casos de los dos artículos precedentes, si la pérdida ocasionada á los acreedores no llegare al 10 por 100 de sus respectivos créditos, se impondrán al quebrado las penas inmediatamente inferiores en grado á la señalada en dichos artículos. Cuando la pérdida excediere del 50 por 100 se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en los dos mencionados artículos.” Dicho artículo y su

Es decir, el Código sí permite hacer una distinción entre un delito patrimonial como el hurto y el delito leve correspondiente por razón de la cuantía estafada; también una estafa delictiva de unos miles de euros y una que afecta a la generalidad de la sociedad por un valor de millones (no son tan distantes los escándalos financieros de las sociedades de inversión en bienes muebles FORUM y AFINSA) tienen una diferencia de tratamiento claramente establecida en el Código penal; pero la insolvencia descrita en el Código de 1995 y vigente hasta la reforma de 2015 no contenía previsión alguna.

Tras la LO 1/2015 se puede afirmar que las magnitudes del delito tienen ya una relevancia como agravantes en el artículo 259 bis, pero no como elemento diferenciador del alzamiento de bienes como un delito socioeconómico distinto en esencia al resto de delitos patrimoniales.

No se puede desconocer que existe una gran inseguridad a la hora de identificar los delitos que deben ser incluidos en la categoría de delitos socioeconómicos, pero no hay duda de que todos los delitos incluidos bajo la rúbrica analizada comparten características y objetivos similares en cierto sentido¹⁹⁰.

contenido agravatorio se eliminó en el Código de 1928 y se recuperó en el de 1932, manteniéndose como artículo 527 en el de 1944 hasta su sustitución en 1995.

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 53 Entiende que los delitos que se encuentran tipificados en los Capítulos I a IX son delitos contra el patrimonio; mientras que los tipificados en los Capítulos XI a XIV serían delitos contra el orden socioeconómico, sin que pueda mantenerse esta distinción rígidamente, pues los delitos patrimoniales en sentido estricto pueden tener incidencia en intereses socioeconómicos; también hay delitos con estructuras similares que deberían estudiarse conjuntamente (daños patrimoniales y daños en cosa propia); y se incluyen en el Título delitos puramente socioeconómicos como el Capítulo VIII.

No hay que dejar de recordar que aunque el legislador de 1995 ha dejado claro únicamente qué acciones considera atentatorias del orden socioeconómico y del patrimonio particular, no ha incluido en este Título todos los tipos que puede considerarse que atentan contra dicho orden, pues quedan fuera los delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, el medioambiente, los delitos de contrabando o la protección financiera de la Unión Europea.

Concluimos, después de todo lo dicho, que los conceptos de patrimonio y orden socioeconómico no son categorías definitivas que ayuden a la clasificación y definición clara de los delitos incluidos en el Título XIII, ni tampoco que tras la reforma de 2015 sean los únicos bienes¹⁹¹, por tanto, será necesario analizar cada delito para entender si nos encontramos ante un injusto propio socioeconómico o patrimonial¹⁹², o si estamos ante otro tipo distinto de bien protegido.

¹⁹¹ Véanse los artículos 258 y 258 bis CP cuyo objeto de protección será el procedimiento de ejecución.

¹⁹² En este mismo sentido MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 54.

IV. El bien jurídico en el delito de concurso fraudulento.

1. Las posiciones patrimonialista y metrapatrimonialistas

Como hemos tenido ocasión de analizar, son muchas las posibilidades de categorizar los bienes jurídicos en el ámbito del Derecho penal económico, muy marcados por los tipos delictivos incluidos bajo el paraguas de dicha categoría económica¹⁹³, siendo la insolvencia punible un tipo nuclear en este ámbito, p. La dificultad de que la interpretación doctrinal incida en la vida práctica del tipo, en la práctica forense, provoca el serio riesgo de que el Juez, sea cuál sea su categoría, antigüedad y experiencia, se convierta en creador de Derecho y legislador, tanto positivo como negativo, afectando a los principios de taxatividad y, especialmente, de seguridad jurídica. Así sucedió tras la promulgación de la LC en el año 2003, en que se publicaban en revistas especializadas comentarios y análisis de resoluciones (autos en el mejor de los casos) de los Juzgados de lo Mercantil de toda España; años en los que los jueces mercantiles eran (y son) conocidos por su nombre y apellido; una época en la que hasta el año 2016 los jueces, abogados y administradores concursales se reunían anualmente en congresos para debatir y concluir cuál debía ser la aplicación e interpretación de determinado artículo o situación concursal, dejando de lado el tenor gramatical de la norma y optando por elementos lógicos, sistemáticos, analógicos, o sociológicos para imponer una concreta interpretación judicial. Algo parecido podría suceder con la reforma del Código Penal realizada en el año 2015, si bien en el ámbito penal no faltan las garantías de taxatividad, seguridad jurídica y orden público que habrían de

¹⁹³ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 145.

hacerse valer en caso de interpretaciones sui generis de los operadores jurídicos.

El artículo 259 CP viene a sustituir al artículo 260 CP del Código de 1995¹⁹⁴ y establece un elenco de nueve conductas en su apartado primero que vendría a dar, según la peculiar mente del legislador, mayor seguridad jurídica al tipo, cuando en realidad consigue lo contrario. Tras describir ocho conductas concretas referidas al respeto al deber de diligencia y a las obligaciones contables, cierra con una cláusula abierta¹⁹⁵ que hace ineficaz el intento de concreción del contenido del injusto, como tendremos ocasión de desarrollar en este apartado.

Pareciera que el legislador no sólo da cumplimiento a las exigencias político-criminales europeas e internacionales, sino que presta oídos a la crítica de la doctrina acerca de la excesiva laxitud del tipo y de ser éste una norma penal en blanco; pero todo el esfuerzo de ajustar la definición del tipo a las exigencias constitucionales y a los principios rectores del derecho penal –si es que ello estuvo en la “*mens legislatoris*”- queda vacío con la inclusión de cláusulas excesivamente abiertas e indefinidas que no permiten conocer el concreto bien jurídico protegido ni el objeto material del mismo.

Ese antiguo artículo 260 CP siempre ha estado muy condicionado por su cercanía al alzamiento de bienes, de quien la doctrina siempre ha entendido que

¹⁹⁴ Que en su breve regulación establecía: “El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión (...), cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”.

¹⁹⁵ “Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia”

era gregario¹⁹⁶. Así cuando se trataba de definir el bien jurídico era lugar muy común que se señalase la falta de una diferencia sustancial con el delito de alzamiento, lo que facilitaba la traslación de los comentarios generales de uno a otro tipo delictivo, categorizándolos conjuntamente¹⁹⁷. Así lo recogía la Exposición de Motivos del Código Penal de 1932: *“El epígrafe de la sección primera, Capítulo IV del Título XIII (ahora XIV) del segundo libro del Código, decía: “ Alzamiento, quiebra e insolvencia punibles.” Se ha introducido en la rúbrica el “concurso”, porque no siendo la quiebra (cuya independencia es muy discutible) más que una modalidad del concurso (como se comprueba en nuestra ley de Enjuiciamiento, que es de las que conservan la división bipartita, llamada a desaparecer), el enunciado de la primera no comprende al segundo, que es de mayor importancia, como se confirma en este mismo capítulo del Código, que consagra más extensión al concurso que a la quiebra”*¹⁹⁸.

A la hora de concretar el bien jurídico protegido en la insolvencia punible ha de tenerse en cuenta que pueden ser varios los conceptos que, abstractamente considerados, pueden ser calificados como bienes jurídicos propios del tipo. Estos tendrán una mayor o menor proximidad a la conducta incriminada y tendrán también relevancia a la hora de considerar el tipo como de peligro o lesión, pues dependerá en gran medida de dónde se sitúe el objeto de tutela y la proximidad de la acción ilícita al bien jurídico penal; sólo los bienes jurídicos inmediatos son válidos para servir de referente al juicio de

¹⁹⁶ Por todos, QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.); MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 7ª, Aranzadi SA, Pamplona, 2008.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El delito de insolvencia del artículo 260 CP, tras la nueva ley concursal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 1556.

¹⁹⁸ Gaceta de Madrid, núm. 310, de 5 de noviembre de 1932, pp. 818 y ss.

ofensividad, pues el mediato se asemeja en la práctica a la “*ratio legis*”, la finalidad objetiva de la norma, por lo que, dada su distancia a la acción típica, difícilmente puede tener verdadera capacidad ofensiva como para formar parte del tipo de injusto¹⁹⁹.

La definición del bien jurídico protegido es relevante porque incide directamente en la extensión del ámbito de aplicación del tipo. De ello es ejemplo claro la noción de patrimonio que, como bien jurídico de varios delitos, se ve sometido a los cambios de la realidad y de la creación de nuevos tipos, que hacen necesario matizarlo para que sirva de herramienta interpretativa, no siendo indiferente el que se defina desde una perspectiva jurídica o económica como veremos.

El delito analizado no puede escapar del contexto concursal ni a la evolución de la legislación mercantil, pues se trata de un delito que se ha recogido de manera constante en los Códigos penales españoles vigentes durante el siglo XX.

Así, en la norma concursal se prevé que la declaración judicial de concurso se produzca tras la solicitud del acreedor o del deudor, siempre que se puedan acreditar una o varias causas de insolvencia previstas en el artículo 2.4 LC referido a la solicitud de concurso por el acreedor²⁰⁰.

¹⁹⁹ FARALDO CABANA, P., *Los Delitos Societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 21 a 23; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 57 a 65.

²⁰⁰ Para la solicitud del deudor, recordemos, el artículo 2 en su apartado 3 establece: “Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se

Es por razón de la necesaria llamada de conceptos y artículos extrapenales a este ámbito que siempre se ha planteado la doctrina si el concurso que se declara culpable o fraudulento debía considerarse delictivo o bastaba con la sanción civil-mercantil del mismo²⁰¹, como podría suceder con determinadas situaciones incardinables en el alzamiento de bienes pero que pueden ser perfectamente defendidas en el ámbito civil por medio de, entre otras, acciones rescisorias o reivindicatorias.

encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.”

Y el apartado 4: 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

²⁰¹ Una vez analizada por el Juzgado mercantil la concurrencia de todos los elementos necesarios en la solicitud de concurso, dictará auto declarándolo, sustituyendo o interviniendo las facultades de los administradores, nombrando al Administrador concursal y acordando que éste forme las masas activa y pasiva del concursado con vistas a la elaboración de un informe previsto en la LC en su actual artículo 74.

De este informe y de la marcha del concurso –si se obtiene o no un convenio; en qué condiciones se pactan las quitas y esperas, o si por otro motivo se deriva la situación concursal a la liquidación– se deducirá la apertura de la Pieza sexta de calificación, donde se dilucidará si puede declararse culpable el concurso por razón de la actuación del administrador o administradores de la sociedad concursada (también podría darse en el caso de la persona física) en la generación o agravación de la situación concursal.

En el año 2003 la LRC llevaba en su Proyecto la derogación del artículo 260 CP, si bien se afirma que se optó por mantenerlo para no perjudicar la política criminal europea y evitar la obstaculización del reconocimiento de sentencias de otros países europeos que sí tipifican la conducta. De hecho es esta influencia internacional la que ha de darnos las claves del por qué de determinados comportamientos de nuestro legislador penal en el ámbito de los delitos del Título XIII.

Tras conservar el delito vigente históricamente en nuestro Código, se mantiene por algunos autores penalistas que la Ley Concursal viene a salvaguardar el derecho de crédito de los acreedores, en la medida de lo posible y de manera ordenada²⁰², lo cual ya suena casi idéntico que la definición del objeto de protección que en la mayoría de la doctrina se atribuye a este delito; pero la realidad es que la LC no fue concebida como un sistema de protección de los acreedores o reflote de la sociedad concursada, sino que las sucesivas (y constantes) reformas legislativas le fueron dando un contenido muy diferente al original que es más parecido a un sistema de liquidación ordenada de los débitos contra los activos vigentes en el momento de declararse el concurso, por lo que, en mi opinión, difícilmente puede decirse que la LC tenga como objetivo principal la protección del crédito²⁰³.

²⁰² GARCÍA RIVAS, N., “Insolvencias punibles”, en *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 379.

²⁰³ A favor de esta afirmación las distintas modificaciones de Disposiciones Adicionales destinadas a forzar (facilitar, dirían otros) a las entidades crediticias a conformar un acuerdo cuando el resto de acreedores comunes o privilegiados habían dado su visto bueno en un determinado porcentaje, lo que no les protege, sino que les perjudica en su posición de créditos con privilegio especial cuando la obligación cuyo cumplimiento interesan está asegurada con garantía real.

Sentado lo anterior, la generación de una comunidad de pérdidas entre los acreedores del concursado ha evolucionado a imagen de la legislación concursal anglosajona hacia un procedimiento de conservación y valoración de los activos del deudor, con el fin de dar una mejor salida a los perjudicados por la quiebra de una sociedad, bien mediante un cobro de mayor parte de su deuda, bien mediante el reflatamiento de la empresa por medio de un acuerdo o convenio.

En la mente del legislador de 2015 está la idea de que la realidad y eficacia del crédito han de ser defendidas, por tanto, no es despreciable la defensa en vía penal de ese conjunto de comportamientos preconcursales y concursales que no se atendían antes de la reforma, evitando así que los perjudicados por la crisis económica de su deudor común que podrían llevarle a adoptar decisiones precipitadas con respecto a la actividad, activos, derechos, etc. de la empresa o defraudatorias de sus derechos como acreedores.

Tal variedad de posturas doctrinales parece estar originada e impregnada de la misma falta de claridad y precisión existente en la regulación penal, pues no podemos decir que sea claro el objetivo de la reforma del Código Penal de 2015, que con la excusa incumplida de una mejora técnica, lo cierto es que impulsa un adelantamiento de la intervención unido a una extraordinaria ampliación de la intervención punitiva que obviamente conduce a un endurecimiento penológico y no aclara cuál es el verdadero objeto de protección de este delito frente al dispensado por el clásico del alzamiento, ahora llamado de la frustración de la ejecución. La confusión es evidente.²⁰⁴

²⁰⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; VVAA, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en *Derecho penal parte especial*, 4 actualizada a la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 448.

Es esa misma LO 1/2015 la que señala en su Preámbulo lo que está en la mente del legislador, que con esa reforma trata de “facilitar una respuesta adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico”.

Ha sido una opinión muy mayoritaria en doctrina y jurisprudencia la de que el bien jurídico protegido en el concurso punible es igual al del antiguo alzamiento de bienes (frustración de la ejecución ahora) y que éste consistiría en el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos²⁰⁵; pero no es baladí la opción por esta concepción patrimonialista del bien jurídico digno de protección, optar por entender que lo defendido es el orden socioeconómico o abrazar aquellas otras posturas que afirman que dicho bien jurídico es algo más que el patrimonio personal (posturas “metapatrimonialistas” que entienden que en dicho Título XIII se protegen también, aunque sea indirectamente, otros bienes jurídicos, como sucede en los artículos 261 y 262 CP, que se decía protegía *“el interés de los acreedores en la ordenada satisfacción de los créditos en los procedimientos concursales”*; *“la correcta formación de la voluntad de los órganos del concurso”*; o *“el conocimiento de la verdadera*

²⁰⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, cit., p. 444. Según STS 771/2006, de 4 de julio: “Sigue siendo el derecho personal de crédito, con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico”. En parecidos términos, STS 690/2003, de 14 de mayo: “El bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de insolvencia punible: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor conforme dispone el art. 1911 del Código Civil”.

situación contable del deudor”²⁰⁶), pues ello afectará a nuestro trabajo en la determinación de la naturaleza, ubicación, contenido del injusto, la posibilidad de estimar la tentativa..., en el delito de concurso punible²⁰⁷.

2. *Los distintos bienes jurídicos valorados en la doctrina como propios de este delito.*

Tras la reforma de 2015 la tensión entre todas esas posturas sigue vigente, pues el legislador no adopta una línea definitiva en su trabajo y la norma parece hablar de dos bienes puestos en peligro –los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico– que ya se discutían y se intuían con anterioridad a esta reforma²⁰⁸, por lo que los estudios realizados en el pasado guardan vigencia en gran parte de sus planteamientos, especialmente aquellos referidos a la protección de bienes mediatos e inmediatos²⁰⁹, si bien a los efectos de este trabajo no consideramos el orden socioeconómico como un bien jurídico en sentido estricto.

Dentro del análisis del tipo nos encontramos con los mismos problemas que ya hemos indicado: la vinculación de sus conceptos esenciales al Derecho civil; la dificultad de diferenciación del incumplimiento civil del

²⁰⁶ Más extensamente CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, cit., p. 60 y ss.

²⁰⁷ LAMARCA PÉREZ, C., *Manual de derecho penal: parte especial*, Colex Editorial, Madrid, 2001, p. 301.

²⁰⁸ CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, cit., p. 177.

²⁰⁹ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 156.

comportamiento antijurídico penal y, una vez determinado el carácter penal del incumplimiento, si este afecta al patrimonio, a la esfera general del orden socioeconómico o si realmente es otro el bien jurídico protegido, lo que determinará en gran medida la configuración de los restantes elementos del tipo.

Ciertos autores identifican dicho bien con el derecho de crédito que ostentan los acreedores con el alcance tan extenso que les reconoce el artículo 1911 CC²¹⁰, vinculando el tipo a la protección del patrimonio frente a aquellos otros autores que entiende que se protege el correcto funcionamiento del sistema crediticio²¹¹. Y entre ambas posturas se encuentra la de MARTÍNEZ-BUJÁN²¹² señalando que nos encontraríamos ante delitos que protegen el patrimonio, que sería el bien jurídico en sentido técnico, y de forma mediata se

²¹⁰ Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 21-27. Y en la página 141: “Pero como ya comprobamos, la doctrina mayoritaria rechaza esta idea (que el bien jurídico sea el sistema de crédito), manteniendo su configuración como delitos patrimoniales de carácter individual. Por consiguiente, como coincido plenamente con esta opinión, entiendo que el objeto de protección de todas estas figuras se concreta exclusivamente en el derecho de crédito de los acreedores a realizar en el patrimonio del deudor”.

²¹¹ Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1148. Tradicionalmente concebidos como infracciones contra la propiedad, o contra el patrimonio desde el año 1995, no queda suficientemente resaltada su dimensión colectiva, especialmente en lo que afecta al funcionamiento del sistema socio-económico, pues no interesa tanto el daño concreto como la quiebra de las relaciones económicas, por lo que cabe sostener que el bien jurídico protegido es la exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas. Con cita de sentencias del Tribunal Supremo a favor y en contra de esta postura.

²¹² MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Op. cit., p. 157.

tutelaría un bien jurídico supraindividual identificado con el orden socioeconómico.

Para quienes entienden el artículo 259 CP como protector del **patrimonio individual**, los delitos de alzamiento de bienes y de concurso punible han protegido históricamente el crédito de los acreedores singulares y en el concurso o quiebra punible el derecho de crédito de los acreedores colectivos, no frente al mero incumplimiento, que gozará de la protección civil-mercantil correspondiente, sino cuando en dicho incumplimiento el deudor haya actuado fraudulentamente o de forma engañosa con ánimo de perjudicar a sus acreedores²¹³.

También hay quienes entienden que protegiéndose directamente el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos se protege indirectamente el derecho al ordenado pago de los acreedores concursales; la Economía pública que se vería perjudicado por los “concursos en cadena”²¹⁴; el sistema financiero o el conjunto de la economía²¹⁵; o la economía crediticia²¹⁶.

²¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, cit., p. 402; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 26 y 142. Con esta línea mayoritaria coincide también el planteamiento de la jurisprudencia acerca del bien jurídico protegido.

²¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, cit., p. 445.

²¹⁵ OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal: aspectos penales y civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

²¹⁶ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 30.

El **sistema económico crediticio** se recoge por una doctrina minoritaria como el bien objeto de protección de las insolvencias punibles²¹⁷, pero se enfrenta al problema de su excesiva extensión e indefinición, pues no se especifica qué aspecto de dicho sistema crediticio es el que quedaría perjudicado, si los derechos de los acreedores individualmente considerados o la economía crediticia y financiera en su conjunto, que se vería afectada por el “efecto espiral” que las insolvencias provocan y que traen como consecuencia las reacciones en cadena (concursos en cadena) y la restricción del acceso al crédito. Pero se ha dicho que dichas consecuencias negativas, aunque de carácter macrosocial, no pueden ser objeto de protección del Derecho penal ya que sólo conducirían a la disolución del concepto de bien jurídico en conceptos superiores como la funcionalidad del sistema²¹⁸.

Por último, conviene señalar la existencia de propuestas dogmáticas que clasifican el bien jurídico protegido en el artículo 259 como bienes ajenos al concepto de patrimonio.

Así, en nuestro derecho histórico se defendió que las insolvencias punibles protegían la **buena fe o la confianza comercial** –en el sentido que BECCARIA otorga a dicho término–; pero esta posición se topa con una crítica primaria en cuanto a la extensión y poca definición de los límites de protección de esa idea de buena fe, al tiempo que no explica por qué el no comerciante puede ser también sujeto de las insolvencias punibles²¹⁹.

²¹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1148.

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 59.

²¹⁹ CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, cit., p. 107 y ss.

La **Administración de Justicia** es considerada también por algunos como un bien jurídico protegido por el concurso punible, pues el delito de concurso contempla el derecho de crédito desde un punto de vista colectivo (la masa de acreedores) para conseguir un tratamiento paritario de los créditos, por lo que se protegería este especial tratamiento de la igualdad y el proceso ejecutivo concursal²²⁰. En nuestra doctrina algunos autores han propuesto que este delito protege normas civiles y penales²²¹, lo que se pone de manifiesto en los casos de insolvencias parciales o aparentes; pero no se consigue salvar la crítica fundamental acerca de cómo tratar con semejante bien jurídico los actos ilícitos cometidos con carácter previo a la declaración de concurso, pues dichas actuaciones quedarían fuera del ámbito procesal y una situación económica que tal vez en ese momento todavía no podrían calificarse como de insolvencia.

La doctrina alemana se cita también a favor de esta tesis, pero MUÑOZ CONDE explica cómo de forma unánime los autores alemanes entienden, aunque la redacción del tipo pueda resultar confusa, que el objeto de protección de este delito es el derecho patrimonial del acreedor, puesto en peligro por la acción²²².

Cercano a este objeto de protección están tan bien quienes entienden que el bien jurídico objeto de las insolvencias punibles es **el propio proceso de ejecución** cuya relevancia constitucional puede derivarse del derecho a la tutela judicial efectiva y entenderse que busca el efectivo cumplimiento sustitutivo de una obligación mediante la intervención de los bienes o

²²⁰ Lo explica BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho penal económico*, cit., p. 445.

²²¹ QUINTANO RIPOLLES, A.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Espasa Calpe, Madrid, 1978.

²²² MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 62.

elementos con valor económico que forman parte del patrimonio del deudor, y la posterior transferencia de estos o de su precio al acreedor²²³.

La relación entre los procesos civiles y penales podría fundamentar esta línea de pensamiento, toda vez que las obligaciones civiles declaradas nulas por el juez civil vincularán al juez penal, siendo este independiente para valorar dicha decisión en su ámbito, sobre todo si se trata de una sentencia declarativa²²⁴.

Los delitos contra la Administración de Justicia se recogen en Título distinto y sus elementos típicos impiden conectar éste con el delito concursal. Sí podría entenderse que tendría relación la defensa de la Administración de Justicia con un alzamiento de bienes que hiciese ineficaz una determinada resolución judicial, pero ya el artículo 257.1.2 del CP de 1995 vigente en 2015 contiene un tipo específico para sancionar a “quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”. Con una redacción igualmente abierta que el resto de delitos que lo circundan, se protege el procedimiento judicial en su perspectiva de hacer cumplir lo juzgado con eficacia real, con consecuencias para el condenado y reparación para el perjudicado, lo que nos lleva a afirmar que el artículo 259 CP no protege la eficacia del procedimiento de ejecución ni la Administración de Justicia como tal.

²²³ CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, cit., p. 160.

²²⁴ Introduciendo la LECrim la previsión de suspensión del procedimiento hasta que resuelva la cuestión prejudicial, no cabe plantearse si el juez penal debería sustituir al civil en la resolución de una cuestión íntimamente ligada al hecho punible.

Al ir entresacando los distintos intereses vinculados de forma más o menos directa al delito concursal pudiera parecer que la protección se dispensa a todos ellos, pero no puede ser así vista la regulación legal ya que no hay bienes que puedan ser equiparados valorativamente.

Las conductas descritas en el tipo del artículo 259 CP se refieren en su conjunto al incumplimiento del deber de diligencia y de ciertos deberes mercantiles relativos a la documentación que un empresario ha de conservar y contables. A pesar de la pluralidad de conductas descritas no podemos decir que estas respondan al interés de establecer un bien jurídico pluriofensivo, aunque fuese un propósito planteado por parte de la doctrina española desde una perspectiva de “lege ferenda” pues “en estos tipos en que el sustrato económico de los mismos ha sufrido tan serias mutaciones se impone una profunda revisión, ya que su actual redacción, ya centenaria, ha sido pensada para realidades sociales hoy absolutamente periclitadas. Ello traería, en consecuencia, a un primer plano de la cuestión el resultado lesivo de dimensión social, que hoy se ignora desde el plano legislativo, y otorgaría especial trascendencia al detrimento de la economía nacional, por ejemplo”²²⁵. Toda vez que entiende que junto al derecho de crédito se protege la propia institución crediticia, habida cuenta de que los hechos descritos en el precepto al margen de dañar patrimonios individuales, suponen un ataque a la economía crediticia, verdadero bien jurídico inmanente en el delito que nos ocupa NIETO MARTÍN, ha defendido que el delito concursal pueda ser considerado como pluriofensivo²²⁶.

²²⁵ LANDROVE DÍAZ, G., *Las quiebras punibles*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 147.

²²⁶ NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 48.

Tras este repaso por todas las posturas sostenidas en la dogmática, entendemos que la regulación legal²²⁷ y la situación sistemática llevan a clasificar este tipo entre los de carácter patrimonial, en el que se da la doble vertiente de lucro propio y detrimento ajeno consecuencia de la relación jurídica previa existente entre las partes y que puede incluir en el ámbito de protección del precepto cualquier relación obligacional²²⁸ que pertenezca a la empresa concursada²²⁹.

Existen créditos concursales que podrían considerarse bienes jurídicos protegidos por este tipo como son las multas y las costas. Las multas tienen un tratamiento específico en el ámbito de la LC, que las considera créditos subordinados, perolas **multas** incobradas por el Erario público no se incluyen entre las relaciones que pueden sustentar una relación previa que pueda lugar a este delito o a la frustración de la ejecución, sino a una responsabilidad penal subsidiaria conforme al artículo 91 CP²³⁰. Por otro lado, las **costas** merecen también comentario, pues no primero habrá de decidirse si son un crédito que pueda acogerse dentro de las relaciones obligacionales previas que vinculan al sujeto activo y a la víctima del delito, para después decidir si la frustración del cobro de ese crédito puede considerarse delictivo si se produce con anterioridad a la sentencia que las declare. En nuestra opinión, siguiendo a MUÑOZ CONDE, las costas son un crédito entre quien, en los restantes órdenes, tiene la obligación de indemnizarlas y quien ha obtenido el pronunciamiento a su favor,

²²⁷ El artículo hace expresa referencia a los acreedores y, por tanto, son los derechos de estos el objeto de protección.

²²⁸ El artículo 1089 del Código Civil establece que: “Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

²²⁹ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 74.

²³⁰ Las multas en el ámbito del concurso son consideradas créditos subordinados.

o entre el perjudicado y el autor del delito en el Derecho penal. El dolo del autor, si abarca completamente el conocimiento de la causación o agravación de la crisis económica, con infracción de las normas de gestión ordenada, incluye necesariamente este aspecto menor de las costas, pues quien puede lo más, puede lo menos²³¹.

La doctrina jurisprudencial²³², si bien se mostró proclive a considerar el bien jurídico protegido por el tipo penal es el patrimonio en su aspecto jurídico

²³¹ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 88.

²³² Como hemos señalado, la vinculación entre el estudio de la figura del alzamiento de bienes y del concurso fraudulento ha sido constante desde la aprobación del Código penal en 1995, por eso resulta interesante destacar que en la jurisprudencia dominante, el bien jurídico en los delitos de alzamiento de bienes es el patrimonio. Así con anterioridad al Código Penal de 1995 y la Reforma de 2015 la STS de 2 de abril de 1976 dice que “este delito de alzamiento de bienes tiene como bien jurídico protegido el interés del acreedor a satisfacer su derecho de crédito en el patrimonio del deudor y lesiona su posible satisfacción y también su mismo patrimonio que decrece”; posteriormente, en esa línea la STS 23 de marzo de 1991 (BACIGALUPO) afirma que el delito de alzamiento de bienes atenta al patrimonio: “El delito de alzamiento de bienes es un delito contra el patrimonio. Por lo tanto, es preciso establecer en qué resulta afectado el patrimonio por el alzamiento. En la opinión mayoritaria de la doctrina el patrimonio protegido por los delitos contra el patrimonio (básicamente estafa y alzamiento de bienes) constituye un concepto mixto jurídico-económico. El alzamiento, en la medida en que frustra el cumplimiento compulsivo de la obligación no afecta al aspecto jurídico del patrimonio, (...) Por el contrario en el alzamiento el patrimonio se ve afectado económicamente, pues un crédito incobrable es una expectativa de nula significación económica. El alzamiento, por lo tanto priva al crédito de su valor económico, toda vez que deja al acreedor una acción sin perspectiva de realización económica”. La STS de 26 de diciembre de 2000: “el delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el art. 1911 del Código Civil, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. En la misma línea SSTs 27 de noviembre de 2001, 15 de abril de 2002 y la de 8 de marzo de 2002, que señala que “se han adelantado las barreras de protección jurídica en esta materia de protección a

económico (STS 8 de noviembre de 1989), en cambio, en nuestros días se ha abierto paso un criterio más ecléctico en el que se da entrada al sistema económico crediticio y a la protección del crédito en clave macrosocial²³³.

V. Aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 CP

Conforme a la regulación de 1995, un sector doctrinal considera aplicable la figura del artículo 268 CP a este artículo 259, no sólo como consecuencia de considerarlo un delito patrimonial, sino como fundamento y justificación para considerarlo así, por lo que los Capítulos I a IX serían delitos contra el patrimonio y los restantes Capítulos del Título XIII lo serían contra el orden socioeconómico²³⁴.

los derechos de crédito, y a tal aspecto no será ocioso recordar que el art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y que en este contexto la protección del crédito es pieza esencial de la estabilidad del mercado.” Si bien no han faltado sentencias aisladas que sostuvieron criterios distintos al expresado por razón del caso concreto. Las SSTS 7 de diciembre de 1967, 20 de febrero de 1970 y 8 de noviembre de 1975 entienden que el bien jurídico protegido es el ejercicio de la pretensión ejecutiva del acreedor y, por tanto, la obligación recogida en el título válido.

²³³ JORGE BARREIRO, A., “El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2, 2003, p. 197.

²³⁴ CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, cit., p. 60; G. QUINTERO OLIVARES (DIR.); F. MORALES PRATS (COORD.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999; *Comentarios a...*, cit., p. 721 a 739.

No es indiferente la inclusión de un determinado tipo delictivo antes o después del artículo 268, pues éste exime de responsabilidad criminal a determinados parientes “por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí”²³⁵. Pudiera parecer que los delitos anteriores en orden numeral a ese artículo han de ser considerados patrimoniales y los posteriores de naturaleza socioeconómica, pero como dice DEL ROSAL BLASCO, “el argumento carece, no obstante, de suficiente entidad. Por una parte, porque no da explicación alguna sobre la que, en el fondo, es la cuestión más importante; a saber: sobre qué base sustantiva el legislador de 1995 ha considerado los delitos recogidos en los capítulos precedentes al capítulo X como patrimoniales y los regulados en los capítulos ulteriores como socio-económicos. Pero es que, por otra parte, aceptar tal razonamiento sería ir mucho más allá de lo que cabalmente es admisible deducir del texto del art. 268. Porque, a lo sumo, lo que de dicho texto se podría extraer es que para el legislador de 1995 los delitos de los capítulos anteriores al capítulo X del título XIII son de naturaleza patrimonial, pero ello no prejuzga la naturaleza de los delitos recogidos en los capítulos ulteriores, que podrá ser patrimonial o socio-económica”²³⁶.

²³⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando las razones que se han tenido en cuenta para justificar la existencia de la excusa absolutoria por parentesco señalando la STS 334/2003, de 5 de marzo, que se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 y que también se tuvo en cuenta no perjudicar la posible reconciliación familiar.

Y con el mismo criterio se pronuncia la STS 91/2005, de 11 de abril, en la que se declara que el fundamento de la excusa absolutoria inserta en el art. 268 del Código penal hay que buscarlo en el respeto al ámbito familiar, en donde el legislador ha considerado que no se diriman sus controversias que incidan en el patrimonio o la propiedad, fuera de todo acto de violencia, por el derecho penal sino por el derecho privado.

²³⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Universidade da Coruña, 1998, p. 84.

Y la jurisprudencia del TS establece que no cabe apreciarla en el ámbito de la empresa familiar bien por no existir ya el vínculo familiar exigido (matrimonio que ya ha presentado demanda de divorcio o separación), bien porque no denuncia el familiar sino la propia sociedad como víctima, eludiendo la limitación del artículo 103 CP:

“En consecuencia, mal puede argumentarse que la restricción impuesta al cónyuge por el art. 103 de la LECrim , aun en el caso de que no fuera objeto de la interpretación integradora que avala la nueva redacción del art. 268 del CP , pudiera artificialmente extenderse a otros entes jurídicos -en este caso, una sociedad mercantil de carácter limitado- con personalidad jurídica propia y diferenciada del denunciante. Sólo a partir de una inaceptable interpretación que negara la personalidad jurídica predicable de cualquier sociedad mercantil y la fusionara con la de sus integrantes, podría asumirse que la limitación que, en su caso, afectaría al cónyuge, también repercutiría en las sociedades en las que aquél se integra. La idea de levantamiento del velo no puede llevarse más allá de su genuino ámbito aplicativo. Una cosa es que mediante ese expediente se puedan neutralizar estrategias de ocultación concebidas con el fin de facilitar la comisión de hechos delictivos y otra bien distinta es que esa misma doctrina sirva para erigir obstáculos de relevancia constitucional, impidiendo el ejercicio de la acción penal a quienes, por tener una personalidad jurídica propia, no resultan afectados por la relación familiar que actúa como presupuesto de la limitación que consagra el art. 103 de la LECrim.”²³⁷

Por tanto, un proceso concursal fraudulento, aunque sea en el ámbito de una empresa familiar, perjudicaría a terceros que siempre podrían denunciar y

²³⁷ STS 933/2010, de 22 de octubre de 2010.

sostener una acusación en forma dentro del proceso; lo que, siguiendo la jurisprudencia citada, también podría hacer la propia empresa por medio de sus representantes o propietarios.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DELITO DE INSOLVENCIA FRAUDULENTA.

I. Concepto y conducta básica del delito de las insolvencias fraudulentas.

La tipificación del delito de la insolvencia punible ha experimentado una evolución llegando a pasar desde la figura de la prisión por deudas a la responsabilidad penal por los casos de impagos fraudulentos. En este sentido, su conceptualización y la determinación de la conducta típica ha ido variando a lo largo del tiempo mostrando diferentes acepciones a lo largo de su evolución, no solamente desde un ámbito penal, sino también desde todas aquellas materias que se puedan encontrar vinculadas a dicha conducta ilícita²³⁸. El hecho delictivo de las insolvencias punibles ha ido evolucionando, regulando y derogando conductas de forma constante, hasta llegar a la actual regulación con sus notables diferencias respecto a las regulaciones anteriores, habiéndole dotado el legislador de un título propio que le confiere mayor autonomía respecto al resto de delitos del Título²³⁹.

La determinación del concepto de insolvencia se ha convertido en una compleja y controvertida tarea en todos los ámbitos del Derecho, ya que, su

²³⁸ DE URBANO CASTRILLO, E. *El delito de bancarrota, a examen*. Revista Aranzadi Doctrinal. Nº. 10/2016, 2016, pp. 29-40.

²³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Insolvencias punibles: en torno a la STS (2ª) de 10 de junio de 1999*. Revista de Derecho Social, Nº9, Ed. Bomarzo, 2016, p. 203.

definición depende de un correcto aseguramiento del crédito del sujeto, a la vez que el correcto funcionamiento de las relaciones comerciales²⁴⁰.

Atendiendo a la etimología del precepto de la insolvencia, este procede de la conjunción de diversas expresiones latinas, por un lado, la locución “*in*”, por medio de la cual se expresa la negación o la privación; y por otro lado de la locución “*solvere*”, por medio de la cual se muestra el contenido de solucionar o resolver²⁴¹. De esta forma, podemos entender por insolvente a todo aquel sujeto que no resuelve o no soluciona.

Otras definiciones serían: “Incapacidad para hacer frente o pagar una determinada deuda. En el ámbito mercantil la Ley Concursal señala que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2 LC)”²⁴²; y otra definición más sería: “Presupuesto objetivo de la declaración de concurso. La insolvencia se concibe como el estado patrimonial del deudor que le impide cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Como estado o situación interna, la insolvencia puede consistir en la falta de liquidez del patrimonio del deudor, que, no obstante, cubre todas sus deudas; en tal caso, se habla de insolvencia provisional. Cuando la insolvencia consiste en la insuficiencia patrimonial del deudor para cubrir sus deudas, se habla de insolvencia definitiva o desbalance.

²⁴⁰ ANDRÉS F.J. Recensión al libro “La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica” de Ana Alemán Monterreal. Anuario de Derecho Concursal. Parte Recensión. N°.24, 2011.

²⁴¹ CUBEROS GÓMEZ, G. *Insolvencia: Evolución de un concepto*. Revista de Derecho Privado. N°.34. Junio 2005. Pp. 27-54. p. 28 y ss.

²⁴² GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., *Diccionario jurídico*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 945.

Estas distinciones han perdido el valor que tuvieron en el régimen previgente a la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”²⁴³.

En este mismo sentido, para poder atender a un concepto previo de insolvencia punible en nuestro trabajo, podemos atender a la que aplica BAJO, el cual define la insolvencia como “*el estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito*”. Por ello, se puede entender la insolvencia como un estado de hecho que se encuentra desprovisto de toda valoración jurídica, por lo que dicha situación debe de ser concretada típicamente para poder realizar correctamente la aplicación del tipo penal²⁴⁴.

II. Evolución de la regulación de las insolvencias fraudulentas en nuestro ordenamiento jurídico.

1. La regulación de las insolvencias punibles en la etapa de Pre-codificación

a. Las insolvencias en el Derecho romano

La conducta relativa a las insolvencias punibles tiene un largo recorrido histórico, el cual se llega a situar inicialmente en el mismo Derecho romano

²⁴³ RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de derecho*, 4, Bosch, Barcelona, 2012, p. 609.

²⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 151 y ss.

antiguo, generando una gran problemática en cuanto a la determinación de su concepto desde entonces²⁴⁵. Hay que destacar por su importancia algunos de los procedimientos de ejecución patrimonial de aquella época pues su influencia llega hasta los procedimientos modernos de ejecución singular o universal²⁴⁶.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico romano ya se trataba la definición de “insolvencia”, en el que se exponen un conjunto de figuras jurídicas que se vinculan con tal término, entre las que cabe destacar “*solvendo non esse*”²⁴⁷, referida a una insuficiencia patrimonial que impide la realización de un pago, es decir, una incapacidad del deudor para pagar que genera un perjuicio o un daño por la consecución de dicho pago²⁴⁸. En el Derecho romano

²⁴⁵ ANDRÉS F.J. Recensión al libro “La insolvencia. Una cuestión (...) Opus 1978, Cit. p. 1.

²⁴⁶ En este sentido, podemos destacar diversos procedimientos concursales del Derecho romano que son de gran importancia, como son la *bonorum venditio* (por medio de la cual se producía la venta de bienes en masa de un deudor insolvente por medio de una institución pretoria y en pública subasta) frente a aquel deudor en situación de *indicatus*, *confessus* o *indefensus*; y la *cessio bonorum* (la cual se refiere a la cesión de bienes del acreedor, por medio de la cual se aligeraba el proceso y otorgaba ciertos beneficios al deudor).

²⁴⁷ Dicha expresión procede de Teófilo, el cual considera que una persona insolvente es aquella a la que no le queda nada tras el pago de sus deudas, en otras palabras, podemos decir que se trata de aquella que debe más de lo que tiene. Del mismo modo, existen diversas acepciones para la determinación de dicha situación, en las que algunos autores entienden que algún sujeto actúa “*manumite in fraudem creditorum*” en aquellos casos en los que deba más de lo que tiene, mientras que otros consideran que se da cuando al sujeto no le queda nada después de reducir sus deudas, sin embargo, dicha contenido injusto debe coincidir en aquella situación en la que los acreedores se ven defraudados, ya que los medios del deudor dejan de ser suficientes para hacer frente sus pagos. TEOPH. *Paraphrasis Institutionum* 1.6 pr./3.

²⁴⁸ ALEMÁN MONTERRAL, A. *Insolvencia: Una cuestión de terminología jurídica*. Ed. Torculo Ediciones, 2010, p.79.

se trató de dar una elevada protección de los derechos de crédito de los acreedores, como se puede observar en la institución del “*creditum*”, por medio de la cual se otorgó una protección procesal a las situaciones de insolvencia, especialmente en los procedimientos de ejecución²⁴⁹, a la que hay que añadir el “*iuramentum bonae copiae*”²⁵⁰, así como en los procedimientos de ejecución por medio del sistema procesal de las “*legis actio per manus iniunctionem*” aplicado a casos en los que el deudor no podía llegar a afrontar la satisfacción del interés del acreedor.

Los orígenes de los que podrían denominarse procedimientos concursales del Derecho romano se encuentran en la *bonorum venditio*²⁵¹, ejercida frente a aquel deudor en situación de *indicatus, confessus* o *indefensus*; y la *cessio bonorum*²⁵². Asimismo, existen en Roma procedimientos colectivos que poseen una elevada importancia en el ámbito de las insolvencias, que surgieron en el *ius novum imperial*, con la finalidad de garantizar los derechos de los acreedores frente al deudor insolvente, sin que se requiera la necesidad de liquidar todo su patrimonio.

²⁴⁹ DOMINGO, R. Álvaro D’Ors: una aproximación a su obra., Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°. 26. Pp., 119-142, pp.. 126 y ss.

²⁵⁰ Este último consistía en un juramento del deudor mediante el cual manifestaba de forma solamente no poseer recursos suficientes para poder hacer frente al pago de sus deudas, entregando su patrimonio al acreedor y así, evitar someterse a la ejecución personal, siendo solamente castigado por medio de la infamia. ANDRÉS F.J. (2011). *Recensión al libro “La insolvencia. Una cuestión (...) Opus Cit. .p.3.*

²⁵¹ Por medio de este procedimiento se producía la venta de bienes en masa de un deudor insolvente por medio de una institución pretoria y en pública subasta.

²⁵² En este caso, se entiende como la cesión de bienes del acreedor, por medio de la cual se aligeraba el proceso y otorgaba ciertos beneficios al deudor.

La “*bonorum venditio*”²⁵³, fue el primer procedimiento de ejecución patrimonial aplicable tanto al deudor individual como a los propios acreedores y se mantuvo vigente durante más de cinco siglos²⁵⁴. Su trámite era básico y sencillo, consistiendo en la venta en bloque de todo el patrimonio del deudor, incluyéndose en el todo su activo y pasivo patrimonial, con la finalidad de realizar posteriormente una ejecución general del mismo²⁵⁵. Sin embargo, este proceso se caracterizaba por mostrar una alta dificultad para su realización, por lo que con el paso del tiempo fue sustituido por la “*distractio bonorum*”, la cual supone una forma de ejecución patrimonial colectiva consistente en la venta en pública subasta de bienes del deudor hasta que se cumpla el pago de sus deudas.

Así, en un principio, este novedoso procedimiento se aplicaba como una forma privilegiada y excepcional de la “*bonorum venditio*”, donde los acreedores adquirirían y vendían en subasta pública solamente aquellos bienes

²⁵³ Se trata de un procedimiento de ejecución por parte del magistrado competente, consistente en la toma de posesión de todos los bienes que componen el patrimonio del deudor, para su posterior venta en pública subasta, con la finalidad de obtener un precio para tratar de resarcir los créditos que no fueron satisfechos por el acreedor o los acreedores. MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2015). *Antecedentes de la venta en pública subasta: En Roma y en el Derecho histórico español*. Anales de Derecho. Vol. 33. N.º.1. pp. 15 y ss.

²⁵⁴ GALÁN GONZÁLEZ, C.; ARIZA COLMENAREJO, M.A. (coord.) (VVAA), *Reflexiones para la reforma concursal*. Ed. Rústica, Madrid, 2010, p. 116.

²⁵⁵ Siguiendo a ÁLVAREZ SUÁREZ se pueden diferenciar tres etapas principales durante dicha tramitación, las cuales son las siguientes: a) “*Missio in bona*” o puesta en posesión de los bienes: por medio de la cual se autoriza la posesión de los bienes del deudor; b) medidas preparatorias de la *venditio*: en el que se designa un síndico entre todos los acreedores para llevar a cabo la ejecución de los bienes ; c) *Venditio* propiamente dicha: por medio de la cual se ejecuta la venta en subasta pública. ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *Curso de Derecho Romano, Tomo I. Cuestiones Preliminares*. Derecho Procesal Civil-Romano. Madrid, 1955, p. 412 y ss.

que fueran suficientes para cubrir el pago de sus deudas, de ahí que se diga que esta figura supone el inicio de las ejecuciones patrimoniales realizadas de forma singular²⁵⁶. En sus inicios, este último procedimiento comenzó aplicándose de forma especial para ciudadanos de rango senatorial, pupilos y otras personas necesitadas de protección hasta acabar aplicándose de forma general²⁵⁷.

También posee una gran importancia el procedimiento denominado “*pignus ex causa iudicati captum*”, el cual suponía una apropiación de determinados bienes del deudor en la fase de ejecución realizada por el magistrado competente, para tratar de obligar a aquel que satisfaga sus deudas pendientes, o en caso de no satisfacer su fin, proceder a la ejecución forzosa para obligar tal cumplimiento²⁵⁸. A pesar de que dicho proceso se aplicó en sus inicios como una forma excepcional y con un carácter particular, aplicándose sobre determinados supuestos de ejecución sobre bienes singulares, esta figura ha llegado a encontrarse vigente en nuestros ordenamientos actuales sin sufrir grandes modificaciones sustanciales²⁵⁹.

²⁵⁶ MURGA FERNÁNDEZ, J.P. *Antecedentes de la venta en pública subasta: (...)* 2015, Opus cit. pp. 24 y ss.

²⁵⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. *Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2016, N.º.11. pp. 103-152. p. 106.

²⁵⁸ ANDRÉS F.J. (2011). Recensión al libro “La insolvencia. Una cuestión (...)” Opus Cit. p.4.

²⁵⁹ DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. *La ejecución de sentencias dinerarias en las partidas*. UNED. Revista de Derecho UNED. N.º.11, 2012, pp.163-182. p.164.

b. Las insolvencias en el Derecho medieval

En la etapa medieval podemos encontrar diversa regulación y figuras de contenido jurídico que tratan aquellas situaciones de insolvencia patrimonial, con la que pretendían poder actuar en contra del deudor y defender a sus acreedores para que no se encontraran en una situación de indefensión. Sin embargo, como señala la doctrina, esta tipología de regulación, supone un retroceso jurídico en comparación con el Derecho romano comentado anteriormente²⁶⁰.

c. La prisión por insolvencias en el Liber Iudiciorum

El *Liber Iudiciorum* fue un código elaborado por los reyes godos Recesvinto y Chindasvinto con la principal finalidad de unificar el sistema legal del reino y desplazar el Derecho romano y visigótico que todavía se aplicaba en su reino²⁶¹. En este caso, el Código también trataba las situaciones en las que se podía condenar a prisión a aquel sujeto por motivo de las deudas que mantenía con sus acreedores, sin embargo, la doctrina considera que su aplicación fue muy reducida, ya que existían muy pocas leyes en que trataban

²⁶⁰ ALEMÁN MONTERREAL, A. *Insolvencia: Una cuestión de terminología (...)*, 2010, Opus cit. pp. 98 y ss.

²⁶¹ GARCÍA LÓPEZ, Y. *La tradición del Liber Iudiciorum: Una revisión*. De la antigüedad al medievo: Siglos IV-VIII. Fundación Sánchez-Albornoz, 1993, pp. 381-416. p.382. Se derogaron el Breviario de Alarico para los romanos y el Código de Leovigildo para los visigodos y se incluyó una disposición prohibiendo, bajo pena de multa al juez, la cita de legislación distinta al “Liber” en las sentencias.

dicho contenido²⁶². Del mismo modo, en tales casos de existencia de diversos acreedores, el deudor debía de satisfacer a todo acreedor que le demande en un procediendo, debiendo el juez competente conocer los importes que adeuda y exigiendo un pago de forma equitativa y prorrateada, de esta forma, en caso de insolvencia del deudor, este último pasa a ser siervo de sus acreedores²⁶³.

Atendiendo al correspondiente texto legal, se establece que un deudor que reúna una deuda con diversos acreedores, puede llegar a convertirse en su siervo si no satisfacía los créditos que este tuviera dentro de un plazo prefijado. En este sentido, como señala la doctrina, se trata de una redención de la responsabilidad del deudor por medio de la prestación de sus servicios, quedando como un mero siervo de sus acreedores ejecutantes²⁶⁴. Este procedimiento judicial se basaba en el principio “*prior tempore, potior iure*”²⁶⁵, por lo cual, el primer acreedor que interponía la correspondiente demanda por reclamación de las cantidades adeudadas era beneficiado, al tiempo que los créditos cuyo importe fuera superior cobraban en primer lugar, mientras que los restantes acreedores veían satisfecho su crédito por medio del sobrante patrimonial del deudor²⁶⁶.

²⁶² TOMÁS Y VALIENTE, F. La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés. AHDE, 30. 1960, p.254.

²⁶³ Ibídem.

²⁶⁴ ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, N°. 62, 1994, p.80.

²⁶⁵ Se trata de una locución latina cuyo significado resulta en “Primero en el tiempo, mejor en el Derecho”.

²⁶⁶ ALEJANDRE GARCIA, J.A. *La quiebra en el Derecho Histórico español anterior a la Codificación*. Universidad de Sevilla, 1970, pp. 5 y ss. De esta forma, la regulación visigoda establecía este tipo de procedimiento para todo deudor independientemente que tuviera un único acreedor o varios, llegando a establecer una

A pesar de que existía y se permitía la detención de deudores no se practicaba de forma general, pues tenía una estricta regulación que sí permitía la detención del deudor en aquellos casos en los que trataba eludir el pago de sus deudas por medio de la huida, pero obligaba a que tal detención se realizase de una forma oficial, realizando tal detención bajo aceptación del juez competente, sin llegar a tener el acreedor ningún derecho a retenerlo sin su consentimiento y debiendo atender la salud y mantenimiento, en cierto grado, del detenido²⁶⁷.

d. La prisión por insolvencias en el derecho aragonés y castellano.

Haremos especial referencia a aquellos supuestos en los que se preveía la prisión por cuestiones de deudas en el derecho aragonés, del cual podemos destacar diversas fases:

i. *La prisión por deudas anterior a 1436.*

El denominado Fuero de Jaca de 1064 fue otorgado por Sancho Ramírez con la finalidad de atraer pobladores de allende los Pirineos a Jaca, recién constituida ciudad tras obtener el nombramiento como sede episcopal, lo que

sanción pecuniaria en caso de impago, que podía llegar a ascender a una cifra que duplicase o triplicase la cantidad que el demandado debía

²⁶⁷ THOMAS, J.A. *Desarrollo del Derecho criminal romano*. Anuario de historia de derecho español. N.º.32, 1962, pp.7-24. p.7 y ss.

explica su contenido proteccionista de la propiedad y de la libertad individual, evitando un uso desmesurado del poder y limitando, para ello, el uso de la fuerza y las armas, de forma que los nuevos pobladores tuvieran incentivos para acudir a la nueva ciudad. No es extraño que por medio de este Fuero se establezcan una serie de principios que serán copiados en otros, como que a) cualquier hombre que debe ser preso por deudas ha de serlo con una intervención del merino real; b) el deudor tendrá prisión no la casa de su acreedor, sino una de carácter pública, siendo el carcelero real quien le custodia; c) tras tres días de prisión del deudor, el acreedor debe de alimentar diariamente a su deudor, y en caso de no hacerlo, este debería dejar en libertad a su reo²⁶⁸.

Dicha regulación con semejantes principios fue aplicada de análoga manera durante más de medio siglo posterior por medio de las Constituciones de las Cortes de Huesca de 1188, mediante el cual se establece que las autoridades judiciales de cada ciudad tienen la función de obligar al demandado a que cumpla con lo que debe o que satisfaga directamente al demandante con los bienes de dicho deudor. Dicha regulación, puede ser entendido como una especie de ejecución patrimonial en aquellos casos de insolvencia del sujeto. De esta forma, se permite la prisión del deudor en aquellos casos en los que este sea insolvente y no disponga de bienes en su propiedad²⁶⁹.

²⁶⁸ TOMÁS VALIENTE, F. *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés*. Anuario de Historia del Derecho Español. N°. 30, 1960, pp. 249-490 y pp. 438 y ss.

²⁶⁹ *Ibídem*.

El deudor podía ser preso en aquellos casos en los que este era insolvente, es decir, cuando con sus bienes no podía llegar a satisfacer las deudas que había adquirido con sus acreedores; pero en la práctica, la prisión del demandado se realizaba como simple garantía de su comparecencia en aquellos casos en los que el deudor trataba de eludir el proceso, del mismo modo, dicho deudor y demandado podía llegar a ser preso en aquellos casos en los que no lograra dar fiador de derecho, ya que se le otorgaba prisión en caso de ser insolvente. La prisión del insolvente no daba lugar a la servidumbre del deudor, sino que resulta en una renuncia de bienes y en un solemne compromiso de pago futuro a su acreedor²⁷⁰.

ii. La prisión por deudas durante los siglos XI, XVI y XVII

En los Fueros de Alcañiz de 1436 se establece la posibilidad de la prisión del deudor en casos excepcionales y concretos, nunca de forma general, permitiendo la puesta en libertad del reo en aquellos casos en los que cediera sus bienes disponibles para tratar de satisfacer sus deudas²⁷¹. A diferencia de

²⁷⁰ TOMÁS VALIENTE, F. *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés (...)*, 1960, Op. cit. pp. 459 y ss. En esta misma línea, podemos destacar el denominado Fuero de Censualibus, otorgado en las denominadas Cortes de Teruel en el año 1428, en el cual se establece la ejecución de las pensiones debidas en los censales sobre los bienes, nombres, derechos y acciones de aquellos sujetos que haya adquirido obligaciones, sin que dicha ejecución pueda llegar a ser impedida o dilatada por medio de dilaciones, alegaciones o excepciones de nulidades, o el Fuero de Estella, que recoge las mismas previsiones que el de Jaca en relación a la prisión por deudas y a la prenda del siervo moro.

²⁷¹ RAPÚN GIMENO, N. *La insolvencia en el derecho histórico aragonés. La quiebra. Siglos XVI-XVIII*. Ed. Civitas, 2011, pp. 131 y ss.

los fueros tratados en el apartado anterior, esta regulación no trataba la posibilidad de establecer una pena de prisión al sujeto deudor por su incomparecencia en el procedimiento, sin embargo, se podía dar en aquellos casos de deudor fugitivo²⁷².

Dicho Fuero tiene en consideración la facilidad que puede tener el deudor en cuanto a la cesión de sus bienes para eludir su responsabilidad con los acreedores, ya que aquel se encuentra en libertad y, aunque haya cedido su patrimonio en pago de sus deudas, puede seguir contrayendo obligaciones con nuevos acreedores, por lo que estos últimos se encuentran en una situación de indefensión debido a que el deudor es en la práctica insolvente ya que sus bienes se encuentran cedidos a los anteriores acreedores. Por dicha razón, este Fuero contiene una medida preventiva de la anterior situación centrada en dar la máxima publicidad a la cesión a los acreedores en pago de deudas para que todos los ciudadanos tengan conocimiento de la situación del sujeto y se reserven el mantener relaciones comerciales con este, al estilo de la regulación visigótica histórica²⁷³. Además de dicha publicidad, se establece otra medida de información pública consistente en la inscripción por parte del deudor en el denominado “*Libro Curie*” de la cesión realizada por este de sus bienes, de esta forma, si en algún momento el deudor se encontrara en una situación de pago y sus acreedores cesionarios fuesen varios, debería de satisfacer sus deudas

²⁷² Sin embargo, la diferencia principal respecto al caso general índice en que cuando el acreedor aprese a su deudor fugitivo, aquel debe demostrar que el preso es efectivamente su deudor, así como determinar que este tiene bienes y que ha sido capturado en situación de fuga.

²⁷³ La obligación de que el deudor cedente deba de ir por la ciudad cabalgando sobre un asno, con una cadena colocada en su cuello y con falsa mitra en su cabeza. TOMÁS VALIENTE, F. (1960). *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés (...)*. Op. cit. pp. 465 y ss.

atendiendo a un orden de antigüedad, o tratar de abonarlos a partes iguales en el caso de que todos se realizaran a la vez²⁷⁴.

iii. *La prisión por deudas a partir del siglo XVIII*

A efectos del presente trabajo, en esta etapa lo más destacable con respecto a la regulación inmediatamente anterior no son tanto las modificaciones legislativas sustantivas o procesales, sino, más bien, la realidad práctica del abandono del uso de la prisión en los casos de deuda del sujeto²⁷⁵ conservándose todavía la cesión de bienes, excepto en aquellos casos en los que los títulos hayan traído aparejados la ejecución privilegiada por determinadas circunstancias personales en las que pueda encontrarse el deudor²⁷⁶ siendo prácticamente inexistente la aplicación de penas de prisión por

²⁷⁴ RAPÚN GIMENO, N. *La insolvencia en el derecho histórico aragonés*. (...), cit. pp. 135 y ss.; TOMÁS VALIENTE, F. (1960). *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés* (...). Op. cit. pp. 471 y ss. El fuero de Alcañiz también trata la figura sobre la ejecución de los bienes del deudor, señalando que este debe de indicar que bienes suyos quiere que sean embargados y vendidos, tratando de que tales bienes tuvieran un valor suficiente para satisfacer al acreedor con el precio determinado en su venta. Sin embargo, no se establece con claridad qué sucede en aquellos casos en los que el deudor no indicara tales bienes o su valor fuera inferior a la deuda, no obstante, todo parece indicar que se debería proceder a la detención del deudor.

²⁷⁵ GARCIA GALLO, A. *Manual de historia del derecho español: Metodología histórico-jurídica. Antología de fuentes del derecho español*. Vol. II. Ed. Artes gráficas y ediciones, 1964, p. 375.

²⁷⁶ FRANCO, L. & GUILLÉN, F. *Instituciones de derecho civil aragonés*. Ed. M. Peiró, 1841, p.254 y ss.

la adquisición de deudas a causa de la gran cantidad de exenciones personales que se aplicaban a este tipo de prisión²⁷⁷.

En las Siete Partidas, elaboradas con la finalidad de dar una mayor uniformidad al reino de Castilla y cuya fecha de promulgación se sitúa en torno al año 1265, se dedica un título completo a tratar la cesión de bienes por parte del deudor insolvente, sin embargo, no se establece el concepto de insolvencia ni de cesión de bienes como tal, sino que solamente se trata el presupuesto objetivo de la cesión, que no es otro que la existencia de una situación de incapacidad temporal para la realización del pago y en unas circunstancias de insolvencia parcial, pues el antedicho título trata la peculiaridad de que el deudor dispone de un patrimonio con el que puede llegar a satisfacer al menos de forma parcial el pago a sus acreedores, y sólo en caso de una negativa al pago y a la cesión de sus bienes, se procede a la prisión del deudor²⁷⁸.

En este mismo sentido, las Partidas también diferencian los casos entre el deudor insolvente de un único acreedor y el de varios, estableciendo una serie de penas más severas para estos últimos. Asimismo, también se trata la ejecución forzosa sobre los bienes del deudor vencido en juicio, en la cual se llega a producir una sustitución de la pena de prisión por una ejecución forzosa del deudor que se encuentra en la situación de ser parcialmente insolvente²⁷⁹.

²⁷⁷ *Ibídem*.

²⁷⁸ ALEMÁN MONTERREAL, A. *Insolvencia: Una cuestión de terminología* (...).2010, Op. cit. pp. 300 y ss.

²⁷⁹ *Ibídem*.

III. La regulación de las insolvencias punibles en la codificación penal española anterior al Código Penal de 1995.

Una vez tratada la regulación en la etapa pre-codificación y habiendo observado la evolución que ha experimentado las insolvencias durante todo este período previo, los siguientes apartados los centraremos en el estudio de los artículos relativos a las insolvencias punibles de los diferentes Códigos Penales²⁸⁰. Se continuará atendiendo a un orden cronológico para exponer el desarrollo de esta figura a lo largo del tiempo y concluir con la regulación existente en la actualidad,²⁸¹ valorando también las normativas decimonónicas aún vigentes en la materia: Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último, en adelante Código Civil, y Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, en adelante Código de Comercio de 1885.

²⁸⁰ Al respecto, los artículos 758 y siguientes del Código Penal de 1822, 433 y siguientes del Código penal de 1848; 444 y siguientes del Código Penal de 1850; 537 y siguientes del Código Penal de 1870; 713 y siguientes del Código Penal de 1928; 512 y siguientes del Código Penal de 1932; y 520 y siguientes del Código penal de 1944; artículos 519 y siguientes del Código Penal de 1973 y artículos 259 y siguientes del Código Penal de 1995.

²⁸¹ Vid: CORRAL MARAVER, N. La guerra civil española y la dictadura de Franco. El código penal de 1944. Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal. Parte. I. Las penas largas de privación de libertad en nuestra legislación histórica, pp. 135-182; BENÍTEZ ORTÚZAR, I, F, (2015). *Frustración en la ejecución e insolvencias punibles*. Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Parte especial pp. 569-597; RODRÍGUEZ RAMOS, L (2013) La responsabilidad civil derivada de las insolvencias punibles. Dentro de La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. Coediciones-Civitas, Editorial Aranzadi; DEL ROSAL BLASCO, B (1993) Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código penal. “La Nueva Delincuencia (I)” del Plan Estatal de Formación para 1993 del Consejo General del Poder Judicial. pp. 5-32.

Para ello, nos centraremos en el estudio en la figura del tipo regulada en los Códigos Penales que se han encontrado vigentes desde el siglo XX, comprendiendo estos desde el Código Penal de 1870, hasta el actual Código Penal de 1995, atendiendo igualmente a todas las modificaciones que han sufrido hasta la fecha y al contenido de su articulado.

1. El Código de 1870

a. Antecedentes históricos

El siglo XIX fue, grosso modo, un siglo de inestabilidad política y radicalismo con grandes cambios normativos a lo largo de un gran periodo de tiempo que no permitió estabilizar una normativa básica a pesar de la mayoría de las normas se basaran en las ya redactadas con anterioridad. Desde el inicio de la codificación en los Códigos Penales del siglo XIX, se acudió e interpretó la insolvencia punible como si de un delito independiente se tratara. Sirviendo como referencia de los delitos de insolvencia del deudor no comerciante, en el art. 437 del Código Penal de 1848 y en el 448 del Código Penal de 1850.²⁸²

La Constitución promulgada en el año 1869 lleva a elaborar un nuevo Código Penal, puesto que el anterior difería en su orientación de los nuevos preceptos constitucionales emanados de la nueva Carta Magna.

²⁸² DEL ROSAL BLASCO, B., Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código penal. “La Nueva Delincuencia (I)” del Plan Estatal de Formación para 1993 del Consejo General del Poder Judicial, 1993, p.6

b. La regulación de las insolvencias punibles

El contenido del articulado del Código Penal de 1870 sobre insolvencias punibles se encontraba en los arts. 537 a 544²⁸³ y en este Código se introduce por primera vez el concurso, y aunque continuó bajo la rúbrica de en agrupar los tres delitos diferentes²⁸⁴, (es decir, el alzamiento, quiebra e insolvencia punible), se recoge en el articulado la expresión “concurrido”²⁸⁵ al tiempo que se distingue entre diferentes sujetos, diferentes penas y supuestos según sí se trataba de que el sujeto que hubiera cometido el delito fuera o no un comerciante.²⁸⁶

Históricamente, este delito se ha denominado y tipificado como delito de quiebra que con arreglo al Código o Leyes de comercio fuera contemplada como culpable, por desidia o temeridad, o como fraudulenta, por lo que siempre ha existido una cierta dependencia hacia los procesos civiles y la legislación

²⁸³ Vid: CERES MONTÉS, J. F., Perspectiva jurídico-penal del Derecho concursal: la insolvencia punible. *Revista LA LEY* 1995 p. 1060 y ss; DEL ROSAL BLASCO, B (1993) Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código penal. “La Nueva Delincuencia (I)” del Plan Estatal de Formación para 1993 del Consejo General del Poder Judicial. pp. 5-32.

²⁸⁴ CERES MONTÉS, J. F (1995) “Perspectiva jurídico-penal del Derecho concursal: la insolvencia punible”. *Revista LA LEY*, 1995, pp. 1060 y ss.

²⁸⁵ Vid: Cfr. los arts. 758 y ss. del Código penal de 1822, 433 y ss. del Código penal de 1848; 444 y ss. del Código penal de 1850 frente a los arts. 542 y 543 del Código Penal de 1870, Mandado publicar provisionalmente, en virtud de autorización concedida al Gobierno por la ley de 17 de junio de 1870.

²⁸⁶ Vid: Cfr. los arts. 537 y 538 frente a los arts. 542 y 543 del Código Penal de 1870, Mandado publicar provisionalmente, en virtud de autorización concedida al Gobierno por la ley de 17 de junio de 1870.

mercantil.²⁸⁷ Para el sujeto que no hubiera sido comerciante, las penas eran de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo si reunía alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Haber hecho gastos domésticos ó personales excesivos y descompasados con relación á su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia.

2.º Haber sufrido en cualquiera clase de juego pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventurare, en entretenimientos de esta clase un padre de familia arreglado.

3.º Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas ú otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar.

4.º Haber enajenado con depreciación notable bienes cuyo precio estuviere adeudando.

5.º Retardo en haber dejado de presentarse en concurso cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo.

Y será castigado con presidio correccional en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo si fuera derivada de alguno de estos hechos:

²⁸⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I, F., *Frustración en la ejecución e insolvencias punibles*. Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Parte especial, 2015, p. 586.

1.º Haber incluido gastos, pérdidas ó deudas supuestas ú ocultado bienes ó derechos en el estado de deudas, relación de bienes ó memorias que haya presentado á la Autoridad judicial.

2.º Haberse apropiado ó distraído bienes ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, comisión ó administración.

3.º Haber simulado enajenación ó cualquier gravamen de bienes, deudas ú obligaciones.

4.º Haber adquirido por título oneroso bienes á nombre de otra persona.

5.º Haber anticipado en perjuicio de los acreedores pago que no fuere exigible sino en época posterior á la declaración de concurso.

6.º Haber distraído, con posterioridad á la declaración en concurso, valores correspondientes á la masa.

En el caso de que el sujeto activo fuera comerciante, se castigaba con estas penas de presidio²⁸⁸ a los que hubieran sido declarados en insolvencia fraudulenta o culpable de acuerdo al Código de Comercio vigente²⁸⁹.

²⁸⁸ Estos hechos castigados con penas “de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo el concursado”, equivalían a penas de un mes a un día a seis meses en el caso de arresto mayor de acuerdo con el art. 29 del mismo código.²⁸⁸ En cambio la pena de prisión correccional cuya duración era de 6 meses y 1 día a 6 años, con la accesoria de suspensión de cargo y del derecho de sufragio durante la condena.

²⁸⁹ Fueron dos los Códigos de Comercio que estuvieron vigentes durante la vigencia de este Código Penal, el de 1829 y el 1885.

En el caso del Código de Comercio de 1829 éste recoge una regulación de la quiebra inspirada en las Ordenanzas de Bilbao según algunos autores²⁹⁰, siendo para otros que la base del mismo se encuentra en las Ordenanzas de Málaga²⁹¹. El libro IV, dedicado a las quiebras, consta de 12 títulos y abarca 177 artículos. Pese a la posterior entrada en vigor del Código de Comercio de 1885, el Libro IV se mantuvo vigente al no haberse derogado de forma explícita, a pesar de regular éste un nuevo contenido del mismo.

El título I del estado de la quiebra y sus diferentes especies establecía cinco clases de quiebra. Dentro de estas distinciones son dos las que se consideraban penales dejando el resto fuera (suspensión de pagos, insolvencia fortuita y alzamiento).

Se consideraba en quiebra a todo comerciante –entendiendo por comerciante al que ejerza habitualmente el comercio aunque no estuviera matriculado²⁹²– que sobreyese el pago corriente de sus obligaciones, entendido esto como incumplimiento de sus obligaciones²⁹³.

La remisión que hacía el art. 537 al Código de Comercio sobre insolvencia fraudulenta obliga a acudir al art. 1007 que establecía una presunción de causas de quiebra sin perjuicio de las excepciones que se

²⁹⁰ URQUIZU MEJÍAS, O, J & OBARRIO MORENO, J, A. La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español. Universitat de València. Valencia, 2012.

²⁹¹ ANDRÉS F.J. Recensión al libro “La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica” de Ana Alemán Monterreal. Anuario de Derecho Concursal. Parte Recensión. N.º.24, 2011.

²⁹² Vid: art. 540 del Código Penal de 1870.

²⁹³ Vid: art. 1001 del Código de Comercio de 1829.

probasen en contrario: sí el balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su giro y negociaciones incluyese el quebrado gastos, pérdidas o deudas supuestas; si no hubiese llevado libros o si habiéndolos llevado, los ocultare o introdujere en ellos partidas que no se hubiesen sentado en el lugar y en el tiempo oportuno; sí de propósito rasgase, borrarse o alterase en otra cualquiera manera el contenido de los libros; sí de su contabilidad comercial no resultare la salida o existencia del activo de su inventario y del dinero, valores, muebles y efectos de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado; si hubiese ocultado en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos; sí hubiese consumido y aplicado para sus negocios propios fondos o efectos ajenos que le estuviesen encomendados en depósitos, administración o comisión; sí sin autorización del propietario hubiere negociado letras de cuanta ajena que obrasen en su poder para su cobranza u otro uso distinto del de la negociación; sí hallándose comisionado para la venta de algunos géneros o para negociar créditos o valores de comercio hubiese ocultado la enajenación al propietario por cualquiera espacio de tiempo; si supiese enajenaciones simuladas de cualquiera clase que estas sean; si hubiese otorgado, consentido, firmado o reconocido deudas supuestas, presumiéndose tales, salva la prueba en contrario, todas las que no tengan causa de deber o valor determinado, sí hubiese bienes inmuebles, efectos o créditos en nombre de tercera persona, sí en perjuicio de los acreedores hubiese anticipado pagos que no eran exigibles sino en época posterior a la declaración de la quiebra, sí después del último balance hubiese negociado el quebrado letras de su propio giro a cargo de persona en cuyo poder no tuviera fondos ni crédito abierto sobre ella o autorización para hacerlo y sí después de haber hecho la declaración de quiebra hubiese percibido y aplicado a sus usos personales, dinero efectos o créditos de la masa o por cualquier medio hubiese distraído de esta alguna de sus pertenencias.

A partir de la entrada en vigor del Código de Comercio de 1885, la remisión a lo que debe entenderse por insolvencia fraudulenta, las causas para los comerciantes en los que concurriese alguna de las siguientes circunstancias se encontraban en el art. 890 y son: alzarse con todos o parte de sus bienes; incluir en el balance, memorias, libros u otros documentos relativos su giro o negociaciones bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos; no haber llevado libros o llevándolos incluir en ellos, deudas o pérdidas o gastos supuestos; rasgar borrar o alterar de cualquier otro modo el contenido de los libros, en perjuicio de tercero; no resultar de su contabilidad la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores, muebles y efectos de cualquiera especie que sean, que constaré o se justificaré haber entrado posteriormente en poder del quebrado; ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, genero u otras especie de bienes o derechos; haber consumido y aplicado para sus negocios propios fondos o efectos ajenos que le estuvieran encomendados como depósito, administración o comisión; si hallándose comisionado para la venta de algunos géneros o para negociar créditos o valores de comercio, hubiese ocultado la operación al propietario por cualquier razón de tiempo; simular enajenaciones, de cualquier clase que esta fuera; otorgar, firmar, consentir o reconocer deudas, supuestas presumiéndose tales, salvo prueba en contrario, todas las que no tengan causa de deber o valor determinado; comprar bienes inmuebles, efectos o créditos poniéndolos a nombre de tercera persona, en perjuicio de sus acreedores; haber anticipado pagos en perjuicios de los acreedores; negociar, después del último balance, letras de su propio giro a cargo de persona en cuyo poder no tuviese fondos ni crédito abierto sobre ella o autorización para hacerlo y si hecha la declaración de quiebra, hubiese percibido y aplicado a usos personales dinero, efectos o créditos de la masa o distraído de esta algunas pertenencias.

La diferencia entre ambos Códigos de Comercio en este aspecto particular es que el de 1885 considera entre las circunstancias que dan lugar a quiebra fraudulenta el alzamiento tanto completo como parcial de los bienes del deudor.²⁹⁴

La remisión que realiza el art.538 que regula la insolvencia culpable al art.1005 del Código de Comercio de 1829, los tres primeros supuestos son idénticos a los contemplados en el art.542 para los no comerciantes. El cuarto de los hechos contemplados en el Código Penal –"Haber enajenado con depreciación notable bienes cuyo precio estuviere adeudado"–, no establece plazo para interpretar esta disposición normativa, teniendo que remitirnos al Código de Comercio de 1829, siendo este, los 6 meses anteriores a la anterior de la quiebra. Por último, difiere también en la quinta de las causas, al establecer el Código de Comercio para los comerciantes que la cantidad debe ser el doble y no el triple. Así, la regulación posterior que realiza el Código de Comercio de 1885 en su art. 888 es idéntica a la del Código de Comercio de 1829.²⁹⁵

En esta regulación es a través de las remisiones a los diferentes Códigos de Comercio vigentes en cada momento que se aprecia la distinción que la norma establece entre una insolvencia real o una insolvencia ficticia o meramente aparente.²⁹⁶

²⁹⁴ Vid: Cfr. arts.1007 y 1008 del Código de Comercio de 1829 frente a al art. 890 del Código de Comercio de 1885

²⁹⁵ Vid: Cfr. art. 1005 del Código de Comercio de 1829 y el art.888 del Código de Comercio de 1885.

²⁹⁶ Vid: QUINTANO RIPOLLES, A. *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*, Tomo III, Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, Madrid,

La insolvencia real, es aquella que la cesación de pagos se produce debido a mala administración o gestión. Dentro de estas causas encontraríamos las que se “hubiesen producido por cualquier especie de juego que excedan de lo que por vía de recreo aventura en entretenimiento de esta clase un padre de familia arreglado”; “sí las pérdidas le hubieren sobrevenido de apuestas cuantiosas, de compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa absolutamente del azar”²⁹⁷; “sí en perjuicio de los acreedores hubiese anticipado pagos que no eran exigibles sino en época posterior a la declaración de la quiebra”²⁹⁸; “negociar sin autorización del propietario, letras de cuenta ajena que obrasen en su poder para su cobranza, remisión u otro uso distinto del de la negociación, si no hubiere hecho a aquel remesa de su producto”²⁹⁹ entre otras.

Por otro lado, como insolvencia ficticia o aparente entendemos aquella en que el deudor es realmente solvente, pero logra enmascarar tal estado para defraudar al acreedor.³⁰⁰ Dentro de las circunstancias que en la norma mercantil se podrían interpretar como insolvencia ficticia encontramos las de “si se hubiese ocultado en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u

1965, p.42 y DEL ROSAL BLASCO, B. “Las insolvencias punibles, a través del...” Op. cit. p. 9.

²⁹⁷Vid: los apartados 2º y 3º del art. 1005 del Código de Comercio de 1829, los apartados 2º y 3º del art. 542 del Código Penal de 1870, Mandado publicar provisionalmente, en virtud de autorización concedida al Gobierno por la ley de 17 de junio de 1870.

²⁹⁸ Vid: art.1007.12 del Código de Comercio de 1829 y art. 890.13 del Código de Comercio de 1885.

²⁹⁹ Vid: art.1007.7 del Código de Comercio de 1829 y art 890.8 del Código de Comercio de 1885.

³⁰⁰ BLASCO, B. (1993) “Las insolvencias punibles, a través del...” op. cit. p.9

otra especie de bienes o derechos”³⁰¹ y “sí supusiere enajenaciones simuladas de cualquier clase que esta sean”³⁰² entre otras. Esta distinción es meramente teórica puesto que no afecta a la calificación final del delito, siendo lo decisivo en éste la frustración de las pretensiones de los acreedores fundadas en obligaciones asumidas por el autor del delito, superándose así la distinción efectuada en el Código Penal de 1848 entre insolvencia parcial y total, puesto que se considera desde el punto de vista penal, la insolvencia es un concepto que sólo cabe definir de forma absoluta, sin posibilidad de graduación³⁰³

El art. 539 establecía, para los casos de las insolvencias punibles tanto de los comerciantes como de los no comerciantes, que las penas se impondrían en inferior grado si no llegaban las pérdidas al 10% de sus créditos y en su grado máximo si la pérdida ocasionada era superior al 50%.

³⁰¹ Vid: art.1007.5 del Código de Comercio de 1829 y art. 890.6 del Código de Comercio de 1885.

³⁰² Vid: art.1007.9 del Código de Comercio de 1829 y art. 890.10 del Código de Comercio de 1885.

³⁰³ BLASCO, B. (1993) “Las insolvencias punibles, a través del...” op. cit. p.11. Es de destacar, en síntesis, el cambio evidenciado en el breve recorrido histórico por la legislación que regula la sanción al deudor insolvente, cómo se da una evolución desde la responsabilidad personal a la garantía patrimonial, cuyo alumbramiento en el derecho histórico español, se consolida con la aprobación de los Códigos decimonónicos. Aun cuando consideramos que el bien jurídico protegido en las insolvencias punibles es el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos en el patrimonio del deudor, con fundamento en el artículo 1911 del Código Civil, no obstante, esta norma es posterior al Código Penal comentado por lo que en el momento de la aprobación del mismo la norma que sustentaba esta garantía y su contenido eran las Partidas.

En cuanto al grado de participación, para entender qué se entendía por cómplice de un comerciante que estuviera afectado por una insolvencia fraudulenta había que acudir de nuevo al Código de Comercio. Entendiéndose como tales en el Código de Comercio de 1829 aquellos: que habiéndose confabulado con el quebrado para suponer créditos contra él, o aumentar el valor de los efectivamente tenga sobre sus bienes, sostengan esta suposición en el juicio de examen y calificación de los créditos, o en cualquiera junta de acreedores de la quiebra; que de acuerdo con el mismo quebrado alterasen la naturaleza o fecha del crédito para anteponerse en la graduación, con perjuicio de otros acreedores, aun cuando esto se verificase antes de hacerse la declaración de quiebra; que con ánimo deliberado hubiesen auxiliado al quebrado para ocultar o sustraer después que cesó en sus pagos alguna parte de sus bienes o crédito; que siendo tenedores de alguna pertenencia del quebrado al tiempo de hacerse notoria la declaración de quiebra por el tribunal que de ella conozca, la entregasen a este y no a los administradores legítimos de la masa, a menos que siendo de reino o provincia diferente de la del domicilio del quebrado, prueben que en el pueblo de su residencia no se tenía noticia de la quiebra; todos los que negaren a los administradores de la quiebra la existencia de los efectos que obrasen en su poder pertenecientes al quebrado; que después de publicada la declaración de la quiebra admitiesen endosos del quebrado; aquellos acreedores legítimos que hiciesen conciertos privados y secretos con el quebrado, en perjuicio y fraude de la masa y por último los corredores que interviniesen en operación alguna de tráfico o giro que hiciere el que estuviese declarado en quiebra. La única diferencia que establece el Código de Comercio de 1885, es la *“los que auxilien en el alzamiento de bienes del quebrado”*.³⁰⁴

³⁰⁴ Cfr. art.1010 del Código de Comercio de 1829, frente al art.893 del Código de Comercio de 1885.

2. *El Código Penal de 1928*

a. Antecedentes históricos

El Código Penal de 1928, aprobado durante la dictadura del General Miguel Primo de Rivera, una etapa que supuso importantes reformas y una elaboración de contenidos de carácter jurídico que produjeron efectos muy relevantes en nuestro Estado a los que no fue ajena la regulación penal³⁰⁵, se caracteriza por su tendencia hacia el refuerzo de la defensa de los intereses del Estado y por tal razón contiene una especial regulación de la llamada defensa social³⁰⁶

b. La regulación de las insolvencias punibles

En cuanto a la regulación correspondiente a las insolvencias punibles, su ubicación sistemática varía respecto al Código Penal de 1870, ya que en el Código de 1928 su contenido se encuentra en los artículos 713 y siguientes, en la Sección Primera denominada “Alzamiento, quiebra, suspensión de pagos e insolvencias punibles”, del Capítulo IV, relativo a los “Delitos de defraudación” del Título XIV correspondiente a los “Delitos contra la propiedad”.

³⁰⁵ COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. *El proceso de elaboración del Código Penal de 1928*. Anuario de historia del derecho español. N°. 82, 2012, pp.561-602. p.561.

³⁰⁶ ANTÓN ONECA, J. Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal *Español*. Anuario de Derecho Penal. N°.25, 1972, pp. 249-287. p. 252.

Este artículo 713 CP muestra pocas diferencias en comparación con el artículo 537 del Código anterior, manteniendo la misma conducta típica³⁰⁷. Sin embargo, la principal particularidad de este último artículo es la determinación de la pena en el mismo artículo, estipulando éste una pena de prisión de dos a diez años para el sujeto que incurriera en dicha conducta, por ello, a diferencia del Código penal 1870, no debemos de acudir a un artículo diferente para poder cuantificar la pena³⁰⁸.

El texto legal analizado realiza remisiones a normas extrapenales, razón por la que ya es considerado un tipo penal en blanco, tal y como puede apreciarse en el artículo 714 del Código Penal de 1928, en el que se establece la pena de prisión de seis meses a dos años en los casos en los que la insolvencia del quebrado “*sea declarada culpable según las disposiciones del Código de Comercio*”, coincidiendo en su estructura y referencias con el Código Penal anterior³⁰⁹.

³⁰⁷ En este sentido, dicho artículo establece lo siguiente: “El quebrado cuya insolvencia sea declarada fraudulenta con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de dos a diez años de reclusión”.

³⁰⁸ Hay que recordar que en el CP de 1870 debíamos de acudir al Título III “De las penas”, del Libro primero, para poder determinar la pena “*de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo*”.

³⁰⁹ En este sentido, debemos volver a atender al artículo 888 del Código de Comercio de 1885, por medio del cual se establecen los requisitos para determinar una insolvencia como culpable. Atendiendo al artículo 888 del Código de Comercio de 1885 vigente en la época, recordamos que: “*Se considerará quiebra culpable la de los comerciantes que se hallaren en alguno de los casos siguientes: 1º Si los gastos domésticos y personales del quebrado hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia. 2º Si hubiere sufrido pérdidas en cualquier especie de juego que excedan de lo que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia. 3º Si las pérdidas hubieren sobrevenido a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas, o de compras y ventas u otras operaciones que tuvieren por*

Es novedoso el segundo apartado del artículo 714 CP de 1928 que establece este artículo en comparación con el Código Penal anterior, tratando el supuesto de *“los quebrados que no hubiesen llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos que previenen el Código de Comercio, cuando de tales defectos u omisiones haya resultado perjuicio a tercero, y los que no hagan la manifestación de quiebra en el término y forma prescritos por las leyes”* castigando dichos supuestos con una pena de dos meses y un día a seis meses de prisión. Tales obligaciones formales de contabilidad se encontraban en esta época recogidas en el artículo 33 del Código de Comercio³¹⁰.

El artículo 715 del Código Penal de 1928, castiga con una pena de reclusión de cuatro meses a un año y una multa de 1.000 a 5.000 pesetas (de 6 euros a 30 euros), al *“comerciante que, para lograr que se le declare en estado de suspensión de pagos o para que los acreedores aprueben el convenio, presentare a los Tribunales una relación de su activo y pasivo que no esté conforme con la realidad de las operaciones”*. Asimismo, se establece un tipo

objeto dilatar la quiebra. 4º Si en los seis meses precedentes a la declaración de la quiebra hubiere vendido a pérdida o por menos precio del corriente efectos comprados al fiado y que todavía estuviere debiendo. 5º Si constare que en el período transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de la quiebra hubo tiempo en que el quebrado debía, por obligaciones directas, doble cantidad del haber líquido que le resultaba en el inventario”.

³¹⁰ En dicho artículo 33 del Código de Comercio se establece la obligación de llevar los siguientes documentos contables: *“1º Un libro de inventarios y balances. 2º Un libro diario. 3º Un libro mayor. 4º Un copiator ó copiadore de cartas y telegramas. 5.º Los demás libros que ordenen las leyes especiales.”* El 26 de julio de 1922, entró en vigor la Ley relativa a la suspensión de pagos, mediante la cual se establece un procedimiento autónomo y propio para la regulación de los concursos de acreedores, pero en la que no se establece ninguna obligación contable distinta de las del propio Código de Comercio para el concursado.

agravado en su segundo apartado, imponiendo las penas en su grado máximo, en el caso de que “*el comerciante sea declarado en estado de suspensión de pagos*”.

También el artículo 716 en el CP de 1928 recoge otra conducta típica, para la que se establece la pena de reclusión de seis meses a dos años en aquellos casos en los que el “*comerciante que, a fin de obtener la aprobación del convenio consiguiente al estado de suspensión de pagos, concertare o celebrare pactos particulares con algún acreedor o grupo de ellos en fraude con los demás*” y también se castiga con penas de multa de 1.000 a 5.000 pesetas a aquellos acreedores que “*acceptaren inteligencias con el deudor constituido en suspensión de pagos*”.

En cuanto a la conducta relativo al sujeto activo no comerciante en el Código de 1928 no encontramos una gran modificación en comparación con su código antecesor, ya que en los artículos 718 y siguientes de dicho Código de 1928 la conducta básica descrita sigue siendo similar a la recogida en su Código predecesor, tipificando los hechos relativos al “*concurso no comerciante cuya insolvencia sea efecto en todo o en parte, de alguno de los hechos siguientes (...)*”³¹¹. De nuevo la principal particularidad que establece este novedoso artículo es la determinación de la pena en el mismo artículo,

³¹¹ En este caso, los supuestos que establece el artículo 718 CP coinciden cuatro de ellos con los dispuestos en el Código Penal de 1870, concretamente: 1.º *Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos y descompasados con relación a, su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia.* 2.º *Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, en compras o ventas simuladas o en otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar.* 3.º *Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando.* 4.º *Haber retardado el presentarse en concurso cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo.*

estipulando una pena de prisión de tres meses a dos años para el sujeto que incurriera en dicha conducta.

Las conductas típicas del artículo 718 del Código de 1928 coinciden con los estipulados en el artículo 542 del Código de 1870, a excepción del supuesto correspondiente a *“haber sufrido en cualquiera clase de juego pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventurare, en entretenimientos de esta clase un padre de familia arreglado”*, eliminado, tal vez, por poder subsumirse dicha conducta en el tercer supuesto: *“haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar”*.

La conducta agravada del artículo 719 del CP de 1928 también es idéntica a lo dispuesto en el Código Penal de 1870, sin embargo, vuelve a darse la distinción de que en la nueva regulación se establece en el artículo la pena prevista, la cual en este caso se fija en una pena de reclusión de dos a seis años al incurrir el sujeto activo en alguna de las seis conductas allí descritas.

El artículo 720 del CP de 1928 regula la figura del cómplice en los delitos de insolvencia fraudulenta, vinculándola a la ejecución de una determinada conducta. Así, se castiga allí, *“con las penas de dos meses y un día a un año de reclusión y multa de. 1.000 a 3.000 pesetas, los que ejecutaren cualquiera de los actos siguientes:*

1.º Confabularse con el concursado para suponer crédito contra él, o para aumentarlo o alterar su naturaleza o fecha, con el fin de anteponerse en la graduación con perjuicio de otros acreedores, aun cuando esto se verifique antes de la declaración del concurso.

2.º Haber auxiliado al concursado para ocultar o sustraer sus bienes.

3.º Ocultar a los administradores del concursado la existencia de bienes que, perteneciendo a éste, obren en poder del culpable, o entregarle al concursado y no a dichos administradores.

4.º Verificar con el concursado conciertos particulares en perjuicio de otros acreedores.”

Hay que destacar que la regulación de la quiebra en el Código de Comercio de 1885 difiere de la establecida en el Código de 1829³¹², cuyo concepto recogido en el artículo 874 hace referencia al “*comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones*”. Los artículos 870 y siguientes del Código de 1885 clasifican dos tipos de situaciones de insolvencias punibles, por un lado, la suspensión de pagos, y por otro lado, la quiebra; en este sentido, cabe volver a recordar que en el 26 de julio de 1922, entra en vigor la Ley relativa a la suspensión de pagos, mediante la cual se establece un procedimiento autónomo y propio para la regulación de los concursos de acreedores, por medio de la cual realiza una distinción entre los diversos tipos de insolvencia tratando por un lado, la insolvencia provisional y la insolvencia definitiva (las cuales deben de ser decretadas por medio de auto del juez competente). En este sentido, se considera provisional aquellos casos en los que el activo realizado sea superior al pasivo que se exige al deudor, mientras que la insolvencia definitiva se da en aquellos casos en los que el

³¹² Cabe recordar que su artículo 1.003 se establece el concepto de quiebra, determinándolo como “el comerciante que, manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercaderías o créditos para satisfacerles”.

activo no llega a cubrir las deudas adquiridas por el sujeto³¹³. No obstante, esta clasificación solamente encuentra validez completa dentro del ámbito mercantil, a los exclusivos fines de la tramitación del respectivo procedimiento, sin que pueda llegar a generar efectos sobre la regulación penal.

3. *El Código Penal de 1932*

Tras la finalización de la dictadura del General Miguel Primo de Rivera y de forma previa a la Guerra Civil Española, se produjo la apertura de las Cortes para la aprobación de la Constitución de la IIª República española, estableciéndose un nuevo Gobierno con ideales muy diferentes al anterior³¹⁴. Así, la nueva República trató de romper con los ideales del régimen anterior buscando una transformación política dirigida hacia una democracia plena y avanzada³¹⁵

En realidad, el Código Penal de 1932 no aportó ninguna novedad respecto a sus antecesores, por razón de los principios de la IIª República y sus diferencias con el anterior régimen político, se volvió a dar vigencia al Código Penal de 1870, realizando una adaptación de éste, a la espera de que se

³¹³ SAGRERA TIZÓN, J.M. La insolvencia provisional y definitiva en los expedientes de suspensión de pagos: Declaración de la quiebra del deudor. *Revista General de Derecho*. Nº. 517, 1987, pp.5671-5673. p.5671.

³¹⁴ CABRERA CALVO-SOTELO, M. *Las Cortes Republicanas*. En *Política en la Segunda República*. Madrid. Ed. Marcial Pons, 1995, pp.13 y ss.

³¹⁵ NÚÑEZ PÉREZ, M.G. *Bibliografía sobre la II República española (1931-1936)*. Madrid. Fundación Universitaria Española, 1993.

elaborase y entrara en vigor un nuevo y completo texto legal³¹⁶, pues el interés principal del Gobierno republicano se centraba en la realización de un Código novedoso que se adaptara a los nuevos principios del Estado y que respondiera a la realidad social del país, tratando de eliminar con ello todo rastro del Código Penal de 1928 promulgado en plena dictadura del General Primo de Rivera y estableciéndose principios de carácter humanitario.

En esta línea de trabajo, en fecha de 19 de noviembre de 1931, se autorizó al Ministro de Justicia para presentar a las Cortes el proyecto de Ley de Bases, a través el cual se modificaba determinados contenidos del Código Penal de 1870, llegando a pasar al Dictamen de la Comisión Permanente de Justicia y siendo aprobada en las Cortes en una única sesión, de esta forma, el 1 de diciembre de 1932 entró en vigor el nuevo Código Penal derogándose el de 1928³¹⁷. Sin embargo, en la práctica, la diferencia entre este Código y el Código Penal de 1870, son muy reducidas y no llegó a afectar a la tipificación de la conducta relativa a la insolvencias punibles que en el Código Penal de 1932, se recoge en los artículos 512 y siguientes, los cuales coinciden con exactitud con los artículos 537 y siguientes del Código Penal de 1870. De esta forma, se vuelve a la regulación y disposiciones históricas ya comentadas, siendo la novedad más destacable el artículo 513, el cual hace referencia al Código de Comercio de 1885 para determinar las causas de la insolvencia culpable. A causa de que la regulación penal de 1870 hacía referencia al Código de Comercio de 1829, la regulación penal de 1932 adapta su contenido para hacer referencia a los artículos 888, y no al 1005, como establecía el

³¹⁶ ANTÓN ONECA, J. *Los antecedentes del nuevo Código Penal*. Revista general de legislación y jurisprudencia. Vol. 78. Nº. 154, 1929, pp. 20 y ss.

³¹⁷ JIMENEZ DE ASUA, L.; ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal, conforme al Código de 1928. Edición II. Parte Especial*. Madrid. Ed. Reus, 1929, pp.94 y ss.

Código Penal de 1870. Sucede igual con el artículo 516 de dicho Código penal sobre la insolvencia fraudulenta.

4. *El Código Penal de 1944*³¹⁸

Tras la finalización de la Guerra Civil Española en 1939 se instauró en España el régimen autoritario de carácter personalista, tradicional y católico del General Francisco Franco³¹⁹, que no fue tanto un gobierno fascista, como tradicionalista y anticomunista, ayudado en gran medida el cambio de orientación política por el resultado de la Segunda Guerra Mundial en Europa³²⁰. La regulación de las insolvencias punibles

Tras la finalización de la guerra civil española y con el cambio del régimen político, comenzaron a derogarse disposiciones del Código Penal de 1932, realizándose reformas parciales de su contenido y promulgando nuevas Leyes Espaciales que requerían una refundición del cuerpo legal del Código³²¹.

³¹⁸ Vid: CERES MONTÉS, J. F. “Perspectiva jurídico-penal del Derecho concursal: la insolvencia punible”. *Revista LA LEY* 1995, p. 1060 y ss.; CORRAL MARAVER, N. Delitos castigados con penas largas de privación de libertad en el código penal de 1944. Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal. Anexos, p. 356.

³¹⁹ FONTANA, J.; ELLWOOD, S. M. *España bajo el franquismo*. Grupo planeta. Vol. 32, 2000, pp. 5 y ss.

³²⁰ CORRAL MARAVER, N., Las penas largas de prisión en España: Evolución histórica y político-criminal, 2015, pp.135-182. p.138.

³²¹ DEL ROSAL, J. & MUÑOZ J.A. Principios de Derecho Penal Español: Lecciones, 1945, pp. 415 y ss.

El 2 de diciembre de 1944 se publica a través de Decreto un nuevo Código Penal bajo la denominación de “Código Penal Reformado, Texto Refundido 1944”. A pesar de que se tratara de un nuevo código, el mismo legislador advirtió en su Preámbulo de que su contenido no versaba sobre una reforma total, ni que su contenido se basaba en una obra nueva, ya que solamente se trataba de una edición renovada o actualizada del anterior texto legal³²², por lo cual, no es de extrañar que su contenido sea similar o incluso análogo al Código Penal de 1932, evidenciado esto en que, por ejemplo, el cuerpo del nuevo texto reformado y refundido se limita a reproducir su colocación sistemática y su redacción³²³.

La regulación de las insolvencias punibles en el Código de 1944 tiene un contenido similar a su antecesor, sin embargo, cabe destacar que determinadas matizaciones. En este sentido, hay que destacar que por medio del artículo 520 se produce un cambio en la pena en aquellos casos en los que el quebrado fuera declarado en insolvencia fraudulenta, castigándole con una pena de presidio mayor, mientras que en su regulación predecesora la pena se establecía en la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio³²⁴. En esta misma situación se encuentra el artículo 521, en

³²² MIR PUIG, S. La reforma del Derecho Penal: Trabajos del Seminario Hispano-germánico sobre la Reforma del Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona. Mayo, 1979. Vol. 1. p.165.

³²³ En este sentido, hay que destacar que durante la Guerra Civil español surgió una legislación penal especial con una línea altamente autoritaria, la cual continuó el Código Penal de 1944, por medio del cual se restablecía la pena de muerte y, en general se preveían penas más severas.

³²⁴ En otras palabras, podemos decir que el Código Penal de 1942 establecía una pena de dos meses y un día, hasta los cinco años; mientras que el Código Penal de 1932 establecía una pena que se podría situar entre los tres años y un día hasta a los cinco años, y entre los cinco años y un día a diez años.

el cual castiga las insolvencias culpables con una pena de presidio menor, mientras que el Código de 1928 castigaba la conducta con una pena de prisión menor en grados mínimos y medio. El Código de 1944 no establece distinción entre comerciante que fuera matriculado o no, tratándolos a estos por igual. Por dicha razón, se produjo la derogación del artículo 515 del Código Penal de 1932, el cual castigaba de igual manera a aquellos comerciantes no matriculados en los supuestos que ejercieran habitualmente el comercio³²⁵.

Con el nuevo texto también se derogó el artículo 516 del Código Penal de 1932, mediante el cual castigaba a los cómplices por los delitos de insolvencia fraudulenta³²⁶. Sin embargo, se vuelve a añadir un artículo en los que se establece una serie de supuestos para castigar a los cómplices del delito de insolvencia fraudulenta en los casos en los que se cometiera por el deudor no dedicado al comercio, volviendo a establecer los supuestos que aplicaba la regulación del artículo 720 del Código Penal de 1928³²⁷.

³²⁵ En este sentido, dicho artículo 515 del Código Penal de 1932 establece lo siguiente: “Las penas señaladas en los tres artículos anteriores son aplicables a los comerciantes, aunque no -estén matriculados, si ejercieran habitualmente el comercio.”

³²⁶ En este sentido, dicho artículo 516 del Código Penal de 1932 establece lo siguiente: “Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta los que ejecutaren cualquiera de los actos que se determinan en el artículo 893 del Código de Comercio.”

³²⁷ Tales supuestos eran los siguientes: “1. ° Confabularse con el concursado para suponer crédito contra él, o para aumentarlo o alterar su naturaleza o fecha, con el fin de anteponerse en la graduación con perjuicio de otros acreedores, aun cuando esto se verifique antes de la declaración del concurso. 2. ° Haber auxiliado al concursado para ocultar o sustraer sus bienes. 3. ° Ocultar a los administradores del concursado la existencia de bienes que, perteneciendo a éste, obren en poder del culpable, o entregarle al concursado y no a dichos administradores. 4. ° Celebrar con el concursado conciertos particulares en perjuicio de otros acreedores.”

5. *El Código Penal de 1973 y la reforma urgente de 1983*

El Código Penal emanado del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, recoge las insolvencias punibles en los artículos 519 y siguientes de la Sección 1ª del Capítulo IV del Título XIII, recogiendo en el mismo Capítulo la regulación del delito de alzamiento de bienes³²⁸.

Para poder apreciar como delito alguna de las acciones tipificadas en los artículos 519 y siguientes, debía de darse un proceso civil universal donde se declarase la quiebra o el concurso y se calificase como fraudulenta o culpable³²⁹. Los órganos judiciales penales, para determinar la existencia de un delito de quiebra, debían de permanecer a la espera de que los órganos civiles determinaran el carácter culpable, fraudulento o fortuito de la quiebra de acuerdo con la Ley de 26 de julio de 1922³³⁰, calificación que, sea cual fuere luego el resultado del proceso penal, produce los siguientes efectos civiles:

-Está vedado para el quebrado convenir un fin distinto de la quiebra que no sea la liquidación.

-Tiene vedada la rehabilitación, aunque cancele todas sus obligaciones.

³²⁸ CERES MONTÉS, J, F. Perspectiva jurídico-penal del Derecho concursal: la insolvencia punible. Revista LA LEY 1995 pp. 1060 y ss.

³²⁹ STS de la Sala 1º de 24 de septiembre de 1969.

³³⁰ CERES MONTÉS, J, F. “Perspectiva jurídico-penal del Derecho...” op. cit. p. 1077. El Tribunal Constitucional en auto de 7 de noviembre de 1988 considera que la posible proyección penal de un proceso civil no ataca a la presunción de inocencia que se desenvuelve dentro ya del proceso penal y la calificación civil de una quiebra como fraudulenta sólo tiene efectos civiles, aunque pueda luego en su caso tener consecuencias penales.

-No puede administrar sus bienes ni dedicarse al comercio.

-Los terceros pueden ser reputados cómplices con las sanciones del art. 894 del Código de Comercio.

En cuanto a la penalidad y los supuestos típicos que engloba cada uno de los diferentes supuestos hemos de decir que este mantiene la tipificación realizada desde el Código Penal de 1870, en el que se distingue entre que el sujeto activo del delito sea comerciante o no, independientemente de que esté matriculado o no. Diferenciando los supuestos entre los de insolvencia fraudulenta o culpable remitiéndose de nuevo al Código de Comercio de 1885 para establecer qué abarca cada uno de estos supuestos, así como para definir el concepto de cómplice. Para los casos en los que el sujeto no sea comerciante se hará una distinción entre los motivos por los que se ha producido el concurso, que son idénticos a los ya comentados para el caso de los supuestos tipificados en el Código Penal de 1870.³³¹

Siendo las penas lo que cambian y no los supuestos. Se castiga la quiebra fraudulenta conlleva prisión mayor y prisión menor el concurso fraudulento.³³² Mientras que la quiebra y concurso culpable llevan aparejada prisión menor y arresto mayor, respectivamente que puede sufrir la circunstancia modificativa del art. 526 del Código Penal o del art. 527 que mantiene un contenido idéntico al del Código Penal de 1870³³³, siendo así que

³³¹ Vid: Cfr. los arts. 537 y ss. del Código Penal de 1870 frente a los arts. 519 y ss. del Código Penal de 1973.

³³² CERES MONTÉS, J, F. “Perspectiva jurídico-penal del Derecho...” op. cit. p. 1090.

³³³ “Las penas señaladas en esta sección se impondrán en su grado máximo al quebrado o concursado que no restituyere el depósito miserable o necesario”.

el cumplimiento de la pena privativa de libertad, en caso de la quiebra culpable, posibilita la rehabilitación (art. 1171 del Código de Comercio de 1829).

Tras el fracaso del Código Penal de 1980 es por fin en 1983 que se produce una reforma urgente del Código Penal³³⁴ que no afecta en la parte especial a la regulación de la insolvencia punible, pero sí que se modificará el Código para adaptarlo a la nueva realidad democrática del país y a la necesidad de converger con las garantías constitucionales del Texto Fundamental de 1978, a la espera de la aprobación de un nuevo Código³³⁵ que vendrá tras la victoria electoral del Partido Socialista Obrero Español en octubre de 1982.

³³⁴ La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (BOE, núm. 152, de 27 junio). pp. 17.909 a 17.919.

³³⁵ Falto de impulso gubernamental, quedó abandonado en el Congreso de Diputados el Proyecto del nuevo Código, optando el Ministro de Justicia, Pío Cabanillas, por el sendero fácil de las reformas parciales urgidas por exigencias políticas. Presentó un extenso Proyecto de Ley Orgánica, de reforma parcial del Código, aprobado por el Gobierno en su reunión de 15 de enero de 1982 y publicado en el Boletín de las Cortes.

IV. LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 TRAS LA REFORMA DE 2015

1. *Antecedentes históricos*

Tras la promulgación de la Constitución española de 1978 y con la existencia de un nuevo marco social, económico y jurídico en nuestra sociedad, se requiere un cambio en la legislación punitiva, lo que se alcanzó por medio de la creación de un nuevo Código Penal³³⁶, con la finalidad de adaptar la sanción penal a los valores y principios constitucionales³³⁷. Las meras reformas sobre un Código franquista y preconstitucional no eran suficiente para poder adaptarse a la nueva realidad social, por lo que fue necesario construir un nuevo texto penal que cubriera las necesidades de una sociedad pluralista y democrática³³⁸.

El Código Penal de 1995, trajo consigo una novedosa regulación sobre las insolvencias punibles, como ya hemos explicado, pero la principal diferencia entre el presente código y los anteriores se encuentra en el abandono la pretensión de universalidad, ya que durante el siglo XIX se pretendió que el Código Penal constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado para garantizar la sumisión de la norma a los principios constitucionales, pues el Código debía ser la norma principal que contuviese la

³³⁶ SALINERO ALONSO, C. *El sistema de penas en el Código Penal de 1995*. Jueces para la democracia. N°. 30, 1995, pp.68-78. p. 68.

³³⁷ SÁNS DE PIPAÓN Y MENGES, F.J. *El Código Penal de 1995 y el principio histórico*. Cuenta y razón. N°. 99, 1996, pp. 13-16.

³³⁸ SALINERO ALONSO C. *El sistema de penas en el Código Penal de 1995 (...)*. Opus cit. p.68.

mayor parte de las conductas ilícitas y el elenco de principios que ha de regular la actividad punitiva³³⁹.

Se entiende como innecesaria tal pretensión debido a que la idea y principios utilizados en el siglo XIX tendían a favorecer el Código Penal frente a la aprobación de leyes especiales, pues el legislador al realizar el Código Penal se encontraba limitado, por la trascendencia social de su labor, al respeto de los principios constitucionales, cosa que no sucedía cuando se trataba de leyes especiales. Por otro lado, se consideraba perturbadora la pretensión de universalidad debido a que existen materias que no pueden llegar a introducirse dentro del Código para no perjudicar la estabilidad y fijeza del mismo, por ello, se remite la regulación de determinadas materias a leyes especiales que se encuentran sujetas a la Constitución en la misma medida y con la misma intensidad que el Código penal³⁴⁰.

³³⁹ Preámbulo de la Ley Orgánica, de 12 de noviembre, del Código Penal: “Dejando el ámbito de los principios y descendiendo al de las técnicas de elaboración, el presente proyecto difiere de los anteriores en la pretensión de universalidad. Se venía operando con la idea de que el Código Penal constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esa idea partía ya de un déficit, dada la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración; pero, además, resultaba innecesaria y perturbadora.”

³⁴⁰ *Ibídem*.

2. *La regulación de las insolvencias punibles*

La regulación relativa a las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995 es completamente diferente al Código de 1983, en este sentido, su tipificación se ha realizado de forma novedosa sin guardar ninguna relación con su predecesor y reguladas en el artículo 260 CP, referido a aquellas conductas punibles cuya comisión se produce solamente en un procedimiento concursal, es decir, en aquellos casos en los que se produzca la ejecución colectiva en los supuestos de imposibilidad de pago del deudor de las deudas contraídas con sus acreedores a causa de la insuficiencia de pago para hacer frente a estas³⁴¹, por ello, con esta regulación penal se trata de dar una mayor protección a los derechos de los acreedores para la satisfacción de sus créditos en relación con el patrimonio del deudor.

Nuestro Código Penal de 1995 contiene una profunda transformación sobre la regulación de las insolvencias punibles, que comienza por la adjudicación de un capítulo propio a esta regulación, concretamente en el Capítulo VII de las insolvencias punibles, del Título XIII relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. De esta forma, las insolvencias quedan como la nota común de los alzamientos y concursos, de forma que las insolvencias son el género, mientras que los alzamientos y los concursos son una especie en sí mismo³⁴².

³⁴¹ GÓMEZ MARTÍN, F. *Insolvencias punibles y Ley concursal*. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto. Vol. 53. Nº.1. 2005, pp.45-110. p. 46.

³⁴² GÓMEZ MARTÍN, F. *Insolvencias punibles y Ley concursal*. Estudios de Deusto (...). Op. cit., p. 49.

En el artículo 260.1 se señala la pena de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses al que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos (...) cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”³⁴³. Se sanciona el fraude en las situaciones de insolvencia y en los concursos de acreedores en aquellos casos en los que la crisis económica o la insolvencia sea causada o gravada de forma dolosa por el deudor o u tercero que actúe a su nombre, para tratar de dificultar o impedir el cobro de las deudas de sus acreedores³⁴⁴.

Hay que destacar que esta nueva legislación no establece un significado de “crisis económica”, que será un concepto jurídico indeterminado, el cual no es unívoco, ya que este puede llegar a englobar una gran cantidad de elementos indefinidos que se desarrollan desde la falta de pago, hasta la inexistencia de patrimonio neto. Sin embargo, la doctrina considera que atendiendo a la regulación de este precepto y principalmente a causa del uso de la conjunción

³⁴³ Como se puede observar, a diferencia de los Códigos Penales anteriores, se elimina la distinción entre la determinación entre comerciante o no comerciante para la comisión de este hecho delictivo.

³⁴⁴ FERRER BARRIENDOS, A. *Repercusiones concursales del nuevo Código Penal*. Cuadernos de Derecho judicial. Nº.5, 1996, p. 537 y ss. Considera que el elemento objetivo del tipo presupone la previa declaración judicial y no basta que se dé una mera situación económica de insolvencia, sino que es necesario que exista un estado jurídico de insolvencia que pueda llegar a determinar tal condición. En este sentido BUEREN RONCERO (1998). *Insolvencias punibles. II Jornadas Nacionales sobre el Derecho Concursal*. Centro de Estudios Superiores Jurídico-Empresariales. p. 11 y ss. Entiende que para que se dé tal conducta, es necesario que la actuación se lleve a cabo de forma dolosa (ya sea a través de un dolo directo o eventual) y que llegue a producir un perjuicio económico para el deudor, el cual se da por un lado como el resultado del hecho delictivo, y por otro lado, como la situación determinante de la penalidad, por lo que si no se llega a producir un perjuicio económico, la conducta no deberá de ser penada.

“o” entre los términos “crisis económica” e “insolvencia”, hace que ambos conceptos puedan ser considerados sinónimos, y que ambos se dan en aquellos casos en los que los importes de las obligaciones sean superiores al de los bienes y derechos del deudor³⁴⁵, por ello, el término de crisis económica es intencionadamente amplio pues pretende abarcar todas las situaciones que pueden verse relacionadas con este tipo delictivo³⁴⁶.

Es igualmente destacable la aplicación de la regulación sobre la participación de terceros sujetos en la comisión del tipo delictivo, es decir, cuando el tipo se realice por una “*persona que actúe en su nombre*”. En este caso, la doctrina entiende que la actuación principal se puede dar a través de un sujeto que se encargue del asesoramiento del deudor, por medio del cual se confía únicamente de la realización de la función de asesoramiento, sin que llegue a efectuar otras actividades³⁴⁷.

³⁴⁵ Del mismo modo, BUEREN CRONCERO. *Insolvencias punibles*. Op. cit. p.11. Trata la distinción entre ambos conceptos, entendiendo la “insolvencia” como aquellas situaciones en las obligaciones exigibles superan los bienes y derechos realizables, mientras que la “crisis económica” se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe de ser interpretado por el juez correspondiente, lo cual puede conllevar a vulneraciones del principio de legalidad.

³⁴⁶ NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra*. Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pp. 167 y ss. Entiende que para determinar el concepto de crisis económica debemos de atender a la regulación del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, el cual ha sido el objeto de fundamento del artículo 260 CP y definía el concepto de crisis económica en su artículo 9, entendiéndolo como una “*amenaza de lesión de los intereses de los acreedores (...)*”.

³⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Insolvencias punibles*. Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles: Doctrina, jurisprudencia y formularios. Valencia, Tirant lo Blanch. Vol. III, 2001, pp. 2117 y ss. Sin embargo, a causa de la complejidad de las relaciones del tráfico mercantil, resulta sumamente complejo delimitar la diferencia entre las labores de asesoramiento y la realización de otros actos, llegando a poder ser culpado como cooperador necesario o cómplice del hecho delictivo, siempre y cuando

En este caso, para incurrir en el tipo injusto de la quiebra se requería una pluralidad de requisitos, delimitados por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y resumidos en la STS 1757/2002 de 25 de octubre³⁴⁸:

1. Que la quiebra haya sido declarada sin exigir, como en la regulación anterior era preceptivo, que hubiera recaído sentencia en la pieza de calificación pues solo es preciso que se admita a trámite la solicitud de quiebra.
2. El fraude, que requiere actuación dolosa.
3. Que esa actuación cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia.
4. El perjuicio como resultado, aunque un sector doctrinal no lo considera esencial, bastando el peligro para colmar el tipo.

No obstante, no se requiere la determinación o individualización del perjuicio causado a los acreedores que no forman parte de la estructura típica, sino que solamente se atiende para tratar la graduación de la pena³⁴⁹. En esta misma línea, podemos destacar la STS número 116/2009 de 4 de febrero, por medio de la cual se establece que los requisitos jurisprudenciales mencionados anteriormente, se refieren en primer lugar a que el sujeto activo del delito sea declarado en concurso; en segundo lugar que la situación de crisis económica o insolvencia causante de dicha situación haya sido causada o agravada

se descarte su actuación como autor, coautor o como administradores de derecho o de hecho de la sociedad, debido de determinar sus funciones y competencias.

³⁴⁸ En esta misma línea, podemos atender a otras Sentencias, tales como STS 1173/2000 de 30 de junio; STS 2055/2000 de 29 de diciembre, STS 629/2001, de 9 de abril, STS 1322/2004, de 10 de noviembre, etc..

³⁴⁹ Véase STS 1757/2002 de 25 de octubre.

dolosamente por aquél; y en tercer lugar, que se haya causado algún perjuicio a los acreedores³⁵⁰.

El Código de 1995 trata de delimitar la responsabilidad por el perjuicio causado, por lo que el artículo 260.2. CP establece que *“se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.”*. No obstante, algún autor critica que esta nueva regulación establece dificultades para graduar la pena, ya que la determinación del perjuicio de los acreedores, su número y condición económica, deben de realizarse atendiendo al arbitrio judicial, previo dictamen pericial³⁵¹.

Del mismo modo, se facilita la persecución de este tipo de delitos por medio del artículo 260.3 CP, en el que se establece que se *“podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa”*³⁵².

El artículo 260.4 CP establece una forma de cierre de paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil,

³⁵⁰ En esta misma línea, podemos atender a otras sentencias como la SAP de Alicante 620/2014 de 18 de diciembre, SAP de Las Palmas 38/2013 de 14 de junio, entre otras.

³⁵¹ GÓMEZ MARTÍN, F. *Insolvencias punibles y Ley concursal*. (...), Op. cit., p. 21.

³⁵² En este sentido, FERRER BARRIENDOS, *Repercusiones concursales del nuevo Código Penal*. (...). Op. Cit. P.560. Considera que solamente se puede incorporar el importe de la responsabilidad civil a la masa en los determinados casos, como son: cuando se proceda a la condena a los administradores de las sociedades mercantiles; cuando se trata de un empresario individual y alcanzara mejor fortuna (ya que sus bienes se integrarían en la masa del concurso); y cuando se condenara a los cómplices de estos delitos.

estableciéndose que “*en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal*”. De esta forma, este novedoso precepto establece de forma taxativa una independencia entre la materia civil y penal³⁵³. Este precepto, a pesar lo obvio que se nos representa en nuestros días, tiene una gran importancia, ya que, tal y como trata la STS 948/2003 de 24 de junio de 2003, pretender que la calificación civil de fraudulenta de la quiebra o, por ejemplo, los pronunciamientos laborales de condena a las Sociedades titularidad de los acusados al pago solidario de la deudas sociales, pueden llegar a suponer una automática condena penal sobre el acusado, lo cual, sería igual que negar la libertad de interpretación de las normas, la finalidad y contenido diverso de la legalidad civil, laboral y penal³⁵⁴.

En resumen, a diferencia de las regulaciones anteriores, por medio del Código Penal de 1995, se produce un cambio de criterio legislativo de primer orden, procediendo a desligar la norma penal relativa a las insolvencias punibles respecto a la civil y mercantil, no obstante, esta desvinculación no

³⁵³ Siguiendo a BUEREN RONCERO, *Insolvencias punibles*. Op. Cit. p.4. muestra que esta regulación suponía un avance para los acreedores respecto al Código Penal de 1944, ya que anteriormente, el acreedor defraudado se encontraba en el imperativo de tener que esperar varios años para poder perseguir por la vía penal al deudor insolvente.

³⁵⁴ En este mismo sentido, dicha sentencia continúa señalando que la contradicción en los hechos probados o admitidos por las diferentes jurisdicciones debe de entenderse como una diversa contemplación de los mismos fenómenos, con perspectivas, criterios, principios y normas diferencias. Por ello, no puede existir una quiebra a las expectativas o a la vulneración de la seguridad jurídica, sino una convivencia armónica de distintas jurisdicciones, ya que, si alguna debe de prevalecer sobre las demás es la penal por ser preferente.

actúa más lejos que los puntos que trata la reforma, ya que estas ramas se encontrarán presentes de igual manera en diversos aspectos³⁵⁵.

3. *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, tenía por objeto, esencialmente, el régimen de penas y su aplicación, así como la adaptación de los tipos existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, con el fin de conseguir adaptar el ordenamiento a la realidad delictiva, cuestión que venía estudiándose desde poco después de la aprobación de LO 10/1995 pues desde el año 1998, en el cual el Congreso de los Diputados aprobó una resolución solicitando al Consejo General del Poder Judicial que estudiara la aplicación efectiva del Código Penal, existía el interés de detectar todas aquellas situaciones que no pudiera atender la legislación del momento y los problemas en la aplicación de la norma. Así, esta Ley trajo consigo un conjunto de modificaciones del Código penal de 1995, una revisión parcial realizada de forma sistemática y coherente, respetando su estructura y principios³⁵⁶.

Sin embargo, esta reforma no afectó al contenido de los artículos relativos a las insolvencias punibles tipificados en el artículo 260 CP, ya que la

³⁵⁵ MAZA MARTIN, J.M. *Las insolvencias punibles*. Empresa y Derecho Penal (I). Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 271 y ss.

³⁵⁶ Exposición de motivos I de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

única modificación derivada de este se dio en el contenido gramatical del mismo. En este sentido, la modificación de su terminología se dio para adaptarse a las nuevas disposiciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la cual hace referencia al término de “concurso” para la denominación del procedimiento que viene a sustituir a los anteriores procedimientos de “quiebra” y “suspensión de pagos”, englobando de esta forma en uno todos los conceptos de “quiebra”, “concurso” o “suspensión de pagos” que trataba la Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos, recuperando la terminología jurídica clásica y volviendo a unificar los diversos procedimientos de insolvencias en un procedimiento común³⁵⁷.

Con la nueva Ley Concursal 22/2003 se superó la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes, por lo que se simplificó el procedimiento sin afectar al Código penal que ya desde su aprobación en 1995 no recogía tal distinción. Por tal razón las modificaciones que ofrece la Ley 15/2003 sobre el Código penal de 1995 son meramente gramaticales y no afectan a su contenido.

³⁵⁷ Exposición de motivos II de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *“No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único”*.

4. *La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*

A pesar de que la regulación penal fuera escasamente modificada, hay que destacar que esta nueva ley concursal estableció una serie de disposiciones que afectaron de forma indirecta al Código Penal de 1995, por ejemplo, la elaboración del concepto de insolvencia, que no se entiende como el correspondiente a un estado patrimonial deficitario, sino que se considera como aquella situación en que el deudor se encuentra ante una imposibilidad de cumplir de forma regular sus obligaciones³⁵⁸.

Del mismo modo, se reduce en la Ley Concursal el carácter represivo de la insolvencia del deudor, eliminando aquellos supuestos en los que este pudiera ingresar en prisión o incurrir en un arresto domiciliario³⁵⁹. Sin embargo, se mantiene la inhabilitación para los casos en los que el concurso del deudor sea calificado como culpable, en los que las facultades patrimoniales del deudor podrán ser intervenidas o suspendidas; pero el tono general de la reforma concursal es de despenalización de las conductas de insolvencia.

³⁵⁸ En este sentido, el mismo artículo 2 de la Ley 22/2003 establece que “1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones (...)”.

³⁵⁹ En este caso, debemos traer a correlación el artículo 1335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 mediante el cual se permitía la opción de arresto al quebrado, a tenor de la siguiente disposición: “*Para el arresto del quebrado se expedirá mandamiento a cualquiera de los alguaciles del Juzgado, arreglado al párrafo segundo del art. 1044 del Código de Comercio., en virtud del cual requerirá el ejecutor por ante el actuario al mismo quebrado para que en el acto preste fianza de cárcel segura en la cantidad que el Juez hubiere fijado. Si lo hiciere con persona abonada o dando fianza hipotecaria o en metálico, quedará el quebrado arrestado en su casa; y en su defecto se le conducirá a la cárcel expidiéndose el correspondiente mandamiento al Alcalde que haya de recibirlo*”.

Esta nueva regulación concursal determina con mayor claridad los documentos contables que el deudor debe de llevar al día en el caso de encontrarse obligado a llevar contabilidad a través de su artículo 6.3³⁶⁰, obligación cuyo incumplimiento será uno de los indicios para poder determinar el concurso como culpable.

Esta nueva regulación concursal conlleva novedades legislativas para la determinación del concurso como culpable con respecto a la regulación anterior contenida en el Código de Comercio de 1885 en los artículos 886 a 897 que conllevaban graves consecuencias para los quebrados culpables o fraudulentos, declaración ésta que debía de tener en consideración determinadas conductas subjetivas del quebrado descritas en la norma, pudiendo también llegar a establecerse en los supuestos de suspensión de pagos, la declaración de la insolvencia como fortuita, culpable, fraudulenta y

³⁶⁰ En este caso, dispone que el deudor que estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará, además: “1ª. Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios. 2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor. 3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras. 4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período. 5. Cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara.”

alzamiento³⁶¹. La regulación de la Ley 22/2003 limitó estos supuestos a dos: la calificación de concurso como culpable, o como fortuito.

De esta forma, y en el caso que nos atañe, podemos entender el concurso culpable según lo dispuesto en el artículo 164.1 de la Ley 22/2003, cuando “*en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.*”³⁶² De esta forma y siguiendo a MARTINEZ CAÑELLAS, para la declaración de concurso en culpable se establece una serie de requisitos esenciales, como son los siguientes:

1. Existencia de un comportamiento activo o pasivo del deudor o de sus representantes legales, y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, ya sean de derecho o, de hecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.
2. Que dicho comportamiento tenga una elevada carga de antijuridicidad, ya que este debe de realizarse por medio de dolo o una culpa grave, sin que sea posible incurrir por medio de una negligencia.
3. Dicha conducta tiene que derivar en un resultado, el cual deriva en la generación o agravación del estado de insolvencia.

³⁶¹ MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. “Los hechos de concurso culpable”, en ROJO, A. y CAMPUZANO, A. *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Ed. Civitas, 2013, p. 14.

³⁶² Siguiendo a MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Los hechos de concurso culpable (...)*. Op. Cit. Se establecen requisitos para la declaración del concurso en culpable, p. 15.

4. Existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación del concurso y el resultado obtenido. En otras palabras, que la dicha generación o agravación del estado de insolvencia se dé como resultado directo de la declaración del concurso.

La Ley 22/2003 concreta en su artículo 164.2³⁶³ una serie de supuestos indiciarios –no ordenados de forma sistemática– novedosos respecto a la regulación anterior por razón de los cuales puede declararse un concurso como culpable. En este sentido, y en términos generales, dicho artículo establece los siguientes supuestos para poder calificar el concurso como culpable:

³⁶³ En este sentido, dicho artículo establece lo siguiente: “En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara. 2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. 3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado. 4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. 5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. 6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”.

a. El incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad

En este caso, la Ley 22/2003 establece en su artículo 164.2. 1ª el primero de los motivos para la determinación del concurso como culpable, que es el “*incumplimiento sustancial*” de la obligación de llevar la contabilidad de su sociedad, o cuando llevara doble contabilidad o cometiera irregularidad relevante para comprender su situación patrimonial o financiera.

No cualquier incumplimiento sobre la llevanza de la contabilidad es relevante a estos efectos, sino que deben de ser relevantes, lo que supone un problema de determinación, ya que debe de realizarse una interpretación para la fijación de cuál es un incumplimiento sustancial de las obligaciones contables del deudor. Nosotros solamente podemos realizar una aproximación atendiendo al artículo 165.3º del mismo cuerpo legal, el cual aprecia la existencia de dolo o culpa grave en aquellos casos en los que el deudor no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoria en los casos en los que se encuentra obligado a ello, o no las hubiera presentado al correspondiente Registro mercantil en los últimos tres años desde la declaración del concurso³⁶⁴.

En el caso de la llevanza de una doble contabilidad³⁶⁵, la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo considera que por sí misma la

³⁶⁴ GARCÍA CRUCES, J.A. *Comentario al artículo 164 de la Ley de Concursal*. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Ed. Aranzadi. Enero 2015.

³⁶⁵ Siguiendo a THOMÁS PUIG, P. *La doble contabilidad como presupuesto de la calificación del concurso culpable*. En *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Ed. Aranzadi, 2013: Se entiende como doble contabilidad la existencia de una contabilidad falsa que puede estar regularmente llevada y cumplir con todos los requisitos legales y otra verdadera que se oculta

llevar a cabo una doble contabilidad se presupone como una conducta reproachable y de grave perjuicio que puede afectar por completo al montante comercial de la empresa de forma que solamente un número de operaciones comerciales quedan reflejadas en la contabilidad oculta³⁶⁶.

Por otro lado, la doctrina también considera que una interpretación estricta de este precepto no puede derivar en que una doble contabilidad implique obligatoriamente la calificación de concurso culpable, ya que si la finalidad de la persecución de la doble contabilidad se centra en evitar la privación de información que debe facilitarse respecto a las normas contables para que se permita valorar la conducta del deudor para la causación o agravio del concurso, se requerirá que la contabilidad oficial no llegue a dar una información suficiente para valorar la conducta del deudor, de esta forma, en los casos en los que existe una doble contabilidad, si la información facilitada por la contabilidad “oficial” puede llevar a cabo esta valoración, no podrá llevarse a cabo dicha presunción³⁶⁷. En cuanto al contenido relativo a las irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, este precepto hay que entenderlo especialmente referido a los deberes contables que posee el deudor en relación con el propio concurso³⁶⁸.

De esta forma, la doctrina jurisprudencial ha considerado la realización de esta conducta incluso en aquellos casos en los que se da un “*simple y*

habitualmente por motivos fiscales, lo que obliga a las empresas a separar la información oficial de la oculta.

³⁶⁶ *Vid.* STS 514/1991 de 30 de enero de 1991.

³⁶⁷ GARCÍA CRUCES, J.A. *Concurso culpable*. En Comentario de la Ley Concursal. Ed. Civitas. Madrid, 2004, p. 2528 y ss.

³⁶⁸ *Vid.* Artículo 6 y 21.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

acumulativo depósito de facturas y otros documentos que, per se, no conforman contabilidad, sino, en su caso, su base documental”³⁶⁹, o cuando ésta se llevare con un incumplimiento de las normas imperativas, especialmente cuando por su proximidad al momento en que se da la insolvencia son necesarios para conocer con exactitud la situación patrimonial de la sociedad concursada³⁷⁰.

Del mismo modo, se requiere que dicho incumplimiento en la llevanza de la contabilidad sea sustancial o que dicha irregularidad sea relevante, por lo que no debe atenderse a aquellos supuestos en los que el incumplimiento de los requisitos no llegaran a ser esenciales o se produjeran por la simple irregularidad, como podría ser el caso de un error contable en el que se incluye un concepto dentro de una partida como activo y no como pasivo junto con la solicitud de concurso, en el cual no se llegaba a impedir conocer la situación patrimonial del deudor³⁷¹.

En cuanto su predecesor, el artículo 890.3ª del Código de Comercio de 1885, trataba los supuestos de quiebra fraudulenta en los casos de “no haber llevado libros, o llevándolos, incluir en ellos, con daño de terceros, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos”. Como hemos observado, la actual regulación elimina la mención al daño a tercero, por lo que no es necesario que se produzca un resultado en su realización³⁷².

³⁶⁹ *Vid.* SAP Alicante de 23 de septiembre de 2008.

³⁷⁰ *Vid.* SAP Barcelona, 16 de septiembre de 2008.

³⁷¹ *Vid.* SAP Soria de 2 de septiembre de 2008.

³⁷² *Vid.* SAP Sevilla, 1 de octubre de 2008.

b. Inexactitud grave en la documentación de concurso³⁷³

El art. 164.2.2º establece un segundo motivo de determinación de concurso culpable para los casos en que “el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquier en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos”. En este caso, esta disposición establece dos conductas diferentes, por un lado, puede mediar falsedad en la documentación entregada, lo que pondría de manifiesto la intencionalidad y la conducta dolosa del deudor con el objetivo de modificar la información patrimonial que suministra; mientras que, por otro lado, se puede suponer una culpabilidad del concurso en aquellos casos en los que el deudor hubiera cometido una inexactitud grave en los documentos que aporta para el concurso³⁷⁴.

Será preciso que tal defecto en la información tenga una cierta relevancia, la cual deberá de ser valorada en relación con las circunstancias de cada caso, por lo que se requerirá un elevado nivel de negligencia por parte del deudor sobre el cumplimiento de sus deberes de información documental. Por ello, no cualquier error en la información documental suministrada puede ser

³⁷³ Dicho supuesto para incurrir en el concurso culpable, nos llega a recordar a la tipificación del artículo 540 del Código Penal de 1870, donde se establecía una conducta agravada en los casos en los que el concursado hubiera incluido gastos, pérdidas o deudas supuestas u ocultado bienes o derechos en el estado de deudas, relación de bienes o memorias que haya presentado a la Autoridad Judicial.

³⁷⁴ GARCÍA CRUCES, J.A. *Comentario al artículo 164 de la Ley de Concursal* (...). Op. Cit. Considera que la delimitación de estos supuestos no es sencilla, ya que estas conductas deben de tener como resultado una inexactitud grave, por lo que es un elemento necesario que la discordancia entre la información expresada documentalmente y la verdadera realidad de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, debe de tener su origen en la intencionalidad.

suficiente para aplicar la presunción de concurso culpable a causa de la inexactitud grave contable, sino que solamente se podrá dar en aquellos supuestos en los que exista una elevada transcendencia informativa³⁷⁵. En la jurisprudencia, podemos encontrar una gran cantidad de resoluciones de diversas Audiencias Provinciales con diferentes y dispares fallos. Sin embargo, en términos generales, la falsedad documental o la inexactitud grave de los documentos pueden percibirse como meras irregularidades contables que no tienen una importancia relativa, ni el nivel suficiente para considerar que las cuentas lleguen a infringir el principio de imagen fiel de la sociedad, por lo que, en estos casos, no se puede llegar a calificar el concurso como culpable según lo establecido en el artículo 164.2. 2ª de la Ley 22/2003³⁷⁶.

Otras sentencias establecen que la gravedad sobre la inexactitud documental se debe de manifestar en dos aspectos, por un lado, desde un punto de vista objetivo, en el que se pueda valorar la finalidad perseguida del deudor con la vulneración de las normas e imperativos en que se establece la llevanza de los documentos contables, ya que por medio de esta actuación se ocultan datos de gran importancia para la correcta tramitación del concurso; y por otro lado, un aspecto subjetivo, que la inexactitud entre la realidad y lo reflejado en el documento contable se haya realizado por medio de dolo o culpa grave³⁷⁷.

³⁷⁵ Ibídem.

³⁷⁶ Véase SSAP de Madrid, Sección 28, 16/2009, de 27 de enero de 2009; 91/2006 de 23 de junio de 2006, entre otras.

³⁷⁷ Véase SAP de las Islas Baleares, Sección 5ª, 109/2012, de 7 de marzo.

c. Apertura de la liquidación de oficio a causa de incumplimiento o causa del concursado

El artículo 164.2.3^a establece el supuesto de concurso culpable en aquellos casos en los que “la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”.³⁷⁸ En este caso, se debe de tratar de determinar el alcance de la norma en relación con el incumplimiento y la determinación de si éste actuar es doloso o culpable³⁷⁹.

El artículo trata de penalizar aquellos supuestos que se proceda a un incumplimiento del convenio por una causa imputable al deudor, atendiendo a dos aspectos principales, por un lado, porque en ella incide una presunción de culpabilidad *iure et de iure*, y, por otro lado, porque este es el único supuesto en el que pueden caber dos sentencias de calificación condenatorias en el mismo concurso³⁸⁰.

d. Alzamiento de bienes y obstaculización de embargos

Debemos atender al artículo 164.2. 4º, en el cual se determina como culpable aquel concurso en el que “el deudor se hubiera alzado con la totalidad

³⁷⁸ En este caso, hay que traer a correlación los artículos 140, 142.3, 142.4 y 143 de la misma Ley 22/2003, en el cual, se establece los supuestos en los que se puede dar

³⁷⁹ MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Los hechos de concurso culpable*. Op. Cit., p. 16

³⁸⁰ *Vid.* ROSENDE VILLAR, C. *Comentario al art. 164 de la Ley Concursal*. Aranzadi. Grandes Tratados. Comentarios a la Ley Concursal (Tomo II), 2009, P.11 y ss.

o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación”.

En el caso del alzamiento de bienes, se requieren dos elementos principales, por un lado, un propósito de ocultación defraudatorio de activos de forma clandestina, lo que conlleva a la existencia de un dolo y en la actuación del sujeto; y, por otro lado, una disminución de la masa activa en perjuicio de la comunidad de acreedores. De esta forma, una vez se cumplan los supuestos del hecho delictivo, se pueden llegar a dar también de forma directa los supuestos para el ilícito concursal³⁸¹.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo también ha tratado estos requisitos³⁸²:

1. Debe existir previamente un crédito contra el sujeto activo del delito, el cual puede ser vencidos, líquidos y exigibles, sin embargo, también es frecuente que el deudor se adelante para conseguir una situación de insolvencia ante el inminente conocimiento de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad.
2. Debe darse un elemento de carácter dinámico consistente en la destrucción u ocultación real o ficticia de los activos del deudor.

³⁸¹ VERDÚ CAÑETE, M.J., La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores. Ed. La Ley. Getafe, 2008, p. 187.

³⁸² Véase SSTs 1122/2005 de 3 de octubre, 652/2006, de 15 de junio, 446/2007, de 25 de mayo; 557/2009 de 8 de abril, entre otras.

3. Debe de resultar en una insolvencia o una disminución del patrimonio del delito que llega a imposibilidad o dificultar a los acreedores lo que su crédito.
4. Se trata de un elemento que tiende a que defraudar las expectativas de los acreedores para cobrar sus créditos.

De esta forma, para que se dé la conducta del alzamiento en materia concursal no es necesaria la existencia de una apropiación definitiva de los bienes del patrimonio del deudor, sino que basta con un mero desplazamiento patrimonial sin ninguna justificación una vez iniciado el concurso³⁸³.

Por otro lado, respecto a la obstaculización en cuanto a la eficacia de un embargo, se refiere a todos aquellos actos que puedan llegar a retrasar, dificultar impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. En este sentido, la doctrina considera que no puede interpretarse este precepto de una forma literal, por lo que entienden que el acto de obstaculización del embargo debe de llevar consigo dos requisitos esenciales, por un lado, que los actos versen sobre disposiciones patrimoniales o de constitución de obligaciones, y, por otro lado, debe de tener como finalidad la obtención de un resultado perjudicial para la tramitación o ejecución del proceso de ejecución³⁸⁴. Asimismo, cabe destacar que tampoco

³⁸³ Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la STS 614/2011 del de 17 de noviembre de 2011, llega a sancionar la mera distracción de dinero por parte de los administradores bajo la apariencia de préstamos que no se llegan a ser devueltos al deudor.

³⁸⁴ Es por ello por lo GARCÍA CRUCES, entiende que no pueden llegar a considerarse como supuestos de calificación de concurso culpable todos aquellos en

será necesario que el alzamiento de bienes haya sido apreciado en el ámbito de un proceso penal para poder obtener dicha calificación mercantil de concurso culpable³⁸⁵.

e. Salida fraudulenta del patrimonio del deudor

Este presupuesto se establece en el artículo 164.2. 5º de la Ley Concursal, en el cual señala el supuesto de “Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. En este caso, la doctrina entiende que la realización de actos de disposición fraudulenta realizados durante dicha época puede conllevar una alteración de la situación patrimonial del deudor, en el que se determinan el origen o el agravio del futuro estado de insolvencia, considerando que estas actuaciones muestran un elemento de contenido doloso en la actuación del deudor³⁸⁶.”

La doctrina considera que la salida fraudulenta del patrimonio de bienes o derechos no exige que se deba de probar la intencionalidad de fraude por parte del deudor, sino que basta con un mero eventual conocimiento del posible perjuicio patrimonial que se puede dar a causa de la salida de bienes con el que

los que haya una justificación de los actos que hayan podido retrasar, dificultar o impedir la ejecución de un embargo.

³⁸⁵ *Vid.* STS de 6 de mayo de 1983.

³⁸⁶ *Vid.* MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2013). *Los hechos de concurso culpable* .(...) Op. Cit., p. 15

puede hacer frente al pago de sus acreedores³⁸⁷. Para considerar acreditada la existencia de una intención o una condici3na en la defraudaci3n, no puede bastar con la mera constataci3n del perjuicio causado a los acreedores, ya que ser3 necesario probar que las personas que realizan dicha acci3n il3cita, actuaron sabiendo que dicha actuaci3n conllevar3a a que los acreedores no podr3an ver satisfechos sus cr3ditos en su completa integralidad debido a la falta de bienes y derechos del deudor.

Para la determinaci3n en la incursi3n de este precepto, corresponder3 al Juez del concurso determinar el car3cter fraudulento de la salida de estos bienes o derecho del patrimonio del deudor en el momento de la terminaci3n de la secci3n de calificaci3n de concurso, a excepci3n de que exista una sentencia que proceda a resolver la acci3n de reintegraci3n y que muestre una intenci3n fraudulenta del acto rescindido, en el cual se proceder3 a otorgarle una eficacia prejudicial hasta que se proceda la calificaci3n del concurso³⁸⁸. Para ejemplificar dicho art3culo, podemos atender a la doctrina jurisprudencial, la cual considera la culpabilidad del concurso a tenor de dicha causa, cuando se d3 la existencia de enajenaciones realizadas por el mismo administrador y a su favor, en una suma importante, cuando los fondos propios de la sociedad eran negativos, llegando a generar o contribuir al impago de todo o parte de los restantes cr3ditos de la sociedad³⁸⁹.

³⁸⁷ GARCIA CRUCES, J.A., *La calificaci3n del concurso*. Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

³⁸⁸ ROSENDE VILLAR, C. *Comentario al art. 164 de la Ley Concursal*. (...) Op. Cit. P.13 y ss.

³⁸⁹ *Vid.* AP de Barcelona de 27 de abril de 2007.

f. Actos para la simulación patrimonial ficticia del concursado

Finalmente, el artículo 164.2. 6ª establece otro supuesto para la determinación de concurso culpable, el cual se da “Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”. En este sentido, este artículo establece un supuesto de calificación en el que no cabe prueba en contrario, sancionando principalmente los actos que se dirijan a simular una declaración de concurso, ya sea por el deudor o representante, administrador o liquidador, con el objetivo de simular su real situación patrimonial y tratar de aparentar una ficticia³⁹⁰.

Algún autor critica este precepto en cuanto a que establece un supuesto muy general al establecer “cualquier acto juicio”, por lo que no especifica su contenido, obligando ser un objeto de interpretación para su valoración³⁹¹. Del mismo modo, se critica igualmente que la misma redacción de este artículo no se especifica un periodo de tiempo anterior a la declaración del concurso en que la realización de dichas actuaciones conlleve a un concurso culpable³⁹². Por

³⁹⁰ ROSENDE VILLAR, C. *Comentario al art. 164 de la Ley Concursal*. (...) Op. Cit... P.14. En este caso, ROSENDE VILLAR hace mención a la SAP de Barcelona de 27 de abril de 2007, por medio de la cual se fundamentó la culpabilidad del concurso por la existencia de las enajenaciones que se realizaron por el mismo administrador y por la suma de grandes cantidades de capital cuando los fondos propios eran negativos, conllevando de esta forma al impago del resto de créditos de la sociedad mercantil.

³⁹¹ *Vid.* MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Los hechos de concurso culpable*. (...) Op. Cit. p. 14.

³⁹² En este sentido ROSENDE VILLAR incide en la comparativa con los dispuesto en el artículo 164.2.5º de la misma Ley que establece un plazo de dos años previos. En este sentido, la autora considera que hubiera sido recomendable establecer en el mismo artículo 164.2.6ª una limitación temporal de dos años como un periodo dudoso

otro lado, se critica igualmente el contenido del artículo ya que no es necesario la utilización del adjetivo “ficticia”, ya que, si la situación patrimonial que deriva de tal acto jurídico es simulada, esta misma ya se convierte en ficticia³⁹³.

Hay que destacar que en la jurisprudencia no se encuentran supuestos en los que se aleguen de forma única y exclusiva el precepto del artículo 164.2.6ª, sino que este se suele añadir y aplicar en relación con los supuestos mencionados anteriormente, de los cuales suele destacar la aplicación del artículo 164.1º de la Ley 22/2003, por medio del cual se pretende evitar que la interpretación restrictiva de tales preceptos pueden llegar a dar lugar a la aplicación de la regla general del 164.1, el cual, posee unas elevadas dificultades probatorias muy elevadas en los casos que se haya producido actos de simulación que generaran o agravaran la insolvencia del deudor³⁹⁴.

5. *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 afirma que el principal motivo de esta reforma penal es el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español, sobretudo en cuando a la

en el que el deudor pudiera llevar a cabo determinados actos con la finalidad de simular su situación patrimonial.

³⁹³ ROSENDE VILLAR, C. *Comentario al art. 164 de la Ley Concursal*. (...). Op. Cit. p.15.

³⁹⁴ MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Los hechos de concurso culpable*. (...) Op. Cit. p. 16.

armonización de la normativa jurídica europea³⁹⁵. La reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 no conlleva ninguna modificación sustancial respecto a los artículos que tratamos en nuestro trabajo, pero sí es destacable creación del denominado artículo 261 bis, por medio del cual se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito de insolvencia punible. De esta forma, por medio de la entrega de esta Ley, deja atrás el principio de *societas delinquere non potest*³⁹⁶, principalmente por medio de los artículos 129 y 31 bis³⁹⁷. Sin embargo, esta “presión” de la normativa internacional no precisaba que la regulación de las personas jurídicas se realizara en el ámbito penal, por lo que cabía la posibilidad de regularizarlo por medio de la imposición de

1. ³⁹⁵ *Exposición de motivos I de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

³⁹⁶ Locución latina cuyo significado es: “*Las sociedades no pueden delinquir*”.

³⁹⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.; NAVARRO MASSIP, J. *La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español*. Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Comentario. Nº. 1/2016, 2016, pp. 23-39. p. 24.

VASCO MOGORRÓN M.C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista jurídica de la Comunidad de Madrid. Nº. 12, 2002, pp. 73-116. Trata la evolución que ha sufrido este principio desde sus inicios, el cual se da desde la época del Derecho Romano, mostrando la gran cantidad de polémicas sobre el reconocimiento o derogación de dicho principio. Se dice que la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro ordenamiento viene originada por razones de política criminal derivada de tratados internacionales y del Derecho Penal de la Unión Europea. Como por ejemplo: *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo; Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea; Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos; Recomendación 18/1988 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa; La Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo; etcétera.*

sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídicas con una naturaleza diferente a las penas³⁹⁸.

El resultado final ha sido una regulación de la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito penal mediante un sistema de *númerus clausus* y dentro de esta enumeración cerrada de supuestos penales que establece la Ley 5/2010 encontramos el artículo 261 bis.

6. *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

En nuestra legislación el tratamiento jurídico de las insolvencias ha ido evolucionando, progresando desde la aplicación de una prisión por la mera existencia de deudas, a la responsabilidad penal en los casos de impagos fraudulentos o culpables³⁹⁹, sin embargo, también a esta figura alcanzan los principios más humanitarios, que han de llevar a evitar la prisión por los incumplimientos de obligaciones contraídas por un contrato⁴⁰⁰.

³⁹⁸ GOMEZ JARA DIEZ C., Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales, Ed. La Ley, 2012, Madrid, 2012, pp. 42 y ss.

³⁹⁹ URBANO CASTRILLO, E. *El delito de bancarrota, a examen*. Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Estudio. Nº. 10/2016, 2016, pp. 29-40. pp.29 y ss. El autor hace hincapié en que, en el pasado, como ocurría en la regulación romana, los deudores eran encarcelados a merced del acreedor que podía llegar a venderlos como esclavos; del mismo modo, se incide en que la antigua Grecia, estos deudores, hasta la llegada de Solón, eran sometidos en presiones en cárceles privadas; asimismo, en España se aplicaba estas penas en la época medieval a los judíos y musulmanes deudores.

⁴⁰⁰ En este caso, hay que destacar la excepción de los casos de impago por impago de alimentos y de los casos de conductas fraudulentas del deudor.

Con la Ley Orgánica 1/2015 se produce una completa revisión y actualización del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, con la finalidad de readaptar nuestra legislación a la nueva demanda y situación social. En este sentido, esta Ley Orgánica trata de ofrecer un nuevo sistema penal dotado de una mayor agilidad y de coherencia, introduciendo nuevas adecuaciones en los tipos penales ya existentes o incluso añadiendo nuevos, del mismo modo, se despenalizan otras figuras que, debido a su escasa gravedad, se considera que no deben ser objeto de una persecución penal⁴⁰¹. Asimismo, al igual que las anteriores reformas que ha experimentado nuestro Código Penal, esta última también encuentra su fundamento en la necesidad de cumplir los compromisos internacionales⁴⁰².

Es por medio de la Ley 1/2015, que se crea un nuevo Capítulo VII bis, en el Libro II de nuestro Código Penal, denominado “De las insolvencias

⁴⁰¹ Exposición de motivos I de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁰² En este caso, atendiendo a la Exposición de Motivos I de la misma 1/2015, podemos nombrar la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal; la Directiva 2014/42/UE, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea; la Directiva 2002/90/CE, destinada a definir la entrada, a la circulación y la estancia irregulares y la Decisión Marco 2002/946/JAI, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

punibles”, en el cual se establecen las conductas relativas a las insolvencias punibles en los artículos del 259 al 261 bis⁴⁰³.

El delito de concurso fraudulento experimenta una gran modificación respecto a su regulación anterior, cuya principal novedad se da en la tipificación de una serie de conductas que constituyen el hecho delictivo de la insolvencia fraudulenta, a diferencia de su tipificación anterior en la que solamente se castigaba al sujeto que fuera declarado en concurso cuando se diera una situación de crisis económica o de insolvencia causada o agravada de forma dolosa⁴⁰⁴.

En este caso, la nueva regulación castiga toda aquella conducta realizada por el deudor que genere una situación de insolvencia actual o inminente y que realice actos contrarios al deber de diligencia en la gestión de las materias económicas o contrarias a la lógica económica que puedan ocultar la situación económica del empresario. La doctrina ha criticado duramente este precepto a causa de la falta de concreción y vaguedad⁴⁰⁵.

⁴⁰³ En esta línea y volviendo a atener a la exposición de motivos de la misma Ley, tales conductas se identifican como “delitos de insolvencia” o de “bancarrota”, lo cual puede ser considerado como una novedad ya que los anteriores Códigos Penales solamente hacían referencia a los quebrados para sancionar esta conducta, sin embargo no atendían a los casos de fortuitos, tratándolos todos en su misma concepción. De esta forma, esta nueva regulación trata de distinguir ambos preceptos y no hacer referencia al concepto de “quiebra”.

⁴⁰⁴ MARTÍN, S. & PEDRO CORTÉS, J. *El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible*. Revista La Ley. Nº.8618. Sección Tribuna, Octubre, 2015, pp. 3-13. p.4.

⁴⁰⁵ GALÁN MUÑOZ, A., *Presente y futuro de las insolvencias punibles. Análisis de las reformas penales presente y futuro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.31.

El novedoso artículo 259 CP requiere que, para su consumación, se produzca una determinada situación de insolvencia y que se realice posteriormente una serie de conductas que son contrarias a la gestión ordenada de los asuntos económicos, ya sea perjudicando el patrimonio del deudor, dificultando la información del acreedor sobre la situación patrimonial de la empresa o realizando una infracción grave de los deberes de diligencia.

A diferencia de la anterior regulación, donde el artículo 260 CP exigía la declaración del concurso estableciendo una condición de perseguibilidad⁴⁰⁶, la Ley 1/2015 ha modificado el tipo básico del artículo 259 CP, tipificando conductas sin requerir una previa declaración de concurso o su admisión a trámite⁴⁰⁷. Por ello, la distinción entre delitos de insolvencia y delitos concursales no se hace, como sucedía en la anterior regulación, por razón del dictado del auto de admisión a trámite del concurso, ya que el nuevo 259 CP no exige que se admita a trámite el concurso⁴⁰⁸.

La nueva regulación de la conducta básica, exige delimitar el concepto de insolvencia para la correcta aplicación del tipo, ya que, tal y como afirma una parte de la doctrina, la nueva legislación penal ha aplicado el concepto

⁴⁰⁶ BACIGALUPO SAGESSE, E. *Insolvencia y Derecho Penal*. Revista de Derecho concursal y para concursal. N°13. Sección Estudios. Segundo Semestre, 2010. En dicha anterior regulación concursal, el artículo 260 CP creó una gran controversia en relación a la denominada “declaración del concurso”, en la que una parte de la doctrina consideraba que se trataba de una condición objetiva de punibilidad, sin que dicha situación deba ser prevista por parte del sujeto activo, frente a quienes lo consideraban una condición objetiva de perseguibilidad.

⁴⁰⁷ Hay que recordar, que estas condiciones establecían la línea y diferenciación entre los delitos de alzamiento y los delitos concursales.

⁴⁰⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Edición 4ª. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 231.

mercantil de insolvencia a la regulación penal (autonomía del derecho penal), dando lugar a confusiones⁴⁰⁹. Ceñido el concepto de insolvencia al estado en que se encuentra el patrimonio de un deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones⁴¹⁰, el concepto mercantil de insolvencia consistente en la mera cesación de pago, no puede considerarse penalmente relevante, por ello, el esfuerzo de la doctrina penal ha ido más lejos llegando a crear un concepto propio de insolvencia, la cual supone “*un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor*”⁴¹¹.

Dice MONGE que el nuevo artículo 259 CP parte de la situación de insolvencia en la que el deudor no puede cumplir de forma regular a sus obligaciones exigibles, a la que se le debe sumar una serie de conductas concretas descritas por la norma como constitutivas de bancarrota y que la nueva regulación establece en 9 diferentes⁴¹².

Los comportamientos descritos en el artículo, a pesar de que cada uno de ellos responde a una idea concreta del legislador, se pueden llegar a sistematizar en tres grupos diferente. De esta forma y en primer lugar, encontramos aquellas conductas que supongan una “disminución efectiva del

⁴⁰⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*. Ed, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 88 y ss.

⁴¹⁰ ABEL SOUTO, M. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 808.

⁴¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E. *Insolvencia y delito en el proyecto de reformas del Código Penal de 2013*. Revista la Ley. Nº.8303. Sección Tribuna, 2014, p. 11.

⁴¹² MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*. Op. Cit. p. 98.

patrimonio del deudor” y que pueden afectar al patrimonio del deudor, las cuales integraría las conductas tipificadas en los apartados 1º, 2º, 3º, y 4º del artículo 259.1 CP; en segundo lugar, se encontrarían aquellas que “supongan una infracción de los deberes legales contables”, que pueden llegar a obstaculizar el concurso futuro, ya sea por infringir los deberes contables o por ocultar o destruir documentos relativos a la situación económica del deudor, las cuales son las conductas reguladas en los apartados 6º, 7º y 8º del artículo 259.1.CP; y en tercer lugar una “cláusula de cierre”, en la que se contemplan las acciones que supongan una infracción del deber de diligencia debida en la gestión de asuntos económicos, la cual se encuentra en el artículo 259.1.9º CP)⁴¹³. Procedemos a analizar cada una de estas conductas:

a. Conductas tasadas que afectan al patrimonio del deudor.

La reforma de la LO 1/2015 tipifica una serie de conductas que se producen por incumplimiento del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, buscando una mayor protección para el acreedor desincentivando las actuaciones perjudiciales para el patrimonio del deudor.

*Ocultación, realización de daños o destrucción de bienes integrantes de la masa del concursado en el momento de su apertura*⁴¹⁴.

⁴¹³ MONGE FERNÁNDEZ, A., En El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015. Op. Cit. p. 99.

⁴¹⁴ Podemos encontrar una influencia para la redacción de este artículo en el artículo 537 del Código Penal de 1870, por medio del cual ya se trataba la conducta agravada cuando se hubiera “distráído (...) valores correspondientes a la masa”, no obstante,

El artículo 259.1.º CP establece la pena para quien “Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura”; se señala que se trata de una conducta especializada del tradicional delito del alzamiento de bienes, quedando este apartado como una cierta especie del delito de frustración de la ejecución⁴¹⁵.

La acción incluye los actos relativos a ocultar, destruir, dañar o inutilizar bienes o elementos patrimoniales, cuando no se produzca una gestión ordenada de los asuntos económicos, lo que coincide con las acciones descritas en relación a los delitos de alzamiento de bienes, donde la diferencia entre ambos se da en el resultado de la conducta, ya que, para incurrir en este tipo, se requiere que exista una previa situación de insolvencia por parte del deudor, sin

cabe destacar que esta antigua regulación, tal conducta debía de comprobarse con posterioridad a la declaración del concurso.

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ PADRÓN, C. (2015). *Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal*. La Ley Penal. Sección Legislación. Nº. 117. Noviembre-Diciembre 2015. Editorial Wolters Kluwer.p. 5. El autor señala las diferencias que puedan darse entre la acción en la nueva insolvencia punible y el alzamiento tradicionalmente regulado, concretadas, por un lado, en que en el alzamiento, el sujeto activo todavía no se encuentra en una situación de insolvencia, y por otro lado, en que la acción en la insolvencia busca obtener el estado de insolvencia. Así, en la conducta del artículo 259.1.1º, nos encontramos en que el deudor ya se encuentra previamente en una situación de insolvencia, por lo que su conducta se centra en poner en peligro la suficiencia de su patrimonio para poder satisfacer los derechos de cobro de sus acreedores.

En este mismo sentido, DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2016). *El nuevo delito de bancarrota*. La Ley Penal. Sección Estudios. Nº. 120. Considera que esta nueva conducta se da a causa de las violaciones patentes del deber de diligencia en perjuicio de los derechos de los acreedores o cotitulares del patrimonio.

que sea necesario que tales conductas de ocultación lleguen a generar la insolvencia en el alzamiento⁴¹⁶.

Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.⁴¹⁷.

El artículo 259.1. 2º contiene esta conducta que parece referirse a todos aquellos actos que supongan la realización de “negocios antieconómicos”⁴¹⁸, tipificando aquellos que no guarden una proporcionalidad con la situación patrimonial del deudor y que no encuentren justificación económica o empresarial, llegando a ser contrarias a las exigencias de una economía ordenada.

Este tipo de actos son propios también del tipo relativo a la administración desleal si se dan en determinadas circunstancias⁴¹⁹; su

⁴¹⁶ ABEL SOUTO, M., Frustración de la ejecución e insolvencias punibles. p. 817.

⁴¹⁷ En este sentido, podemos observar una influencia de este artículo en el anterior Código Penal de 1870, en el cual se castigaba al comerciante que hubiera “hecho gastos domésticos o personales excesivos y descompasados con relación a su fortuna, atendidas a las circunstancias de su rango y familia”.

⁴¹⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A., En El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015. Op. Cit. p. 105.

⁴¹⁹ Atendiendo a REMON PEÑALVE, E. (2015). Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. P. 8 y ss. entendemos que para determinar la comisión del delito de la administración desleal, se debe de valorar el incumplimiento del deber de diligencia debida, atendiendo a la conducta enjuiciada del sujeto con el objeto social de le mercantil, así como la inadecuación de la acción observando la situación de la empresa, su transparencia de la decisión, los motivos de la decisión y si tal actuación

fundamento reside en que el acto dispositivo o la misma asunción de la deuda pueda llegar a crear realmente una reducción patrimonial insalvable, pues en la actividad empresarial la asunción de deudas y la transferencia de activos es parte de su proceder habitual. No es necesario valorar si esta puede categorizarse como un perjuicio al patrimonio administrado⁴²⁰.

*Realización de ventas o servicios por un precio inferior al coste y sin justificación económica*⁴²¹.

En este caso, se tipifican conductas que suponen una reducción de activo a causa de la realización de operaciones de venta o prestaciones de servicio a un precio inferior a su coste de adquisición de producción, las denominadas “ventas a pérdidas”. También cabe entender incluidas aquí las ventas realizadas a precios bajos a personas del entorno del deudor, donde se camufla un cambio ficticio de propietario del activo, manteniendo el deudor las facultades de disposición⁴²².

se encuentra dentro de los parámetros lógicos en las actividades desarrolladas por la mercantil dentro de su marco de funcionamiento.

⁴²⁰ *Vid.* DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *El nuevo delito de bancarrota*. Op. Cit. p. 8. Entiende que es una tarea dificultosa determina cuando un administrador llega a actuar sin la diligencia debida, ya la actividad empresarial viene caracterizada por la existencia de un alto nivel de riesgo.

⁴²¹ Dicha figura nos recuerda a la conducta ya regulada por el Código Penal de 1870, en el cual se castigaba en su artículo 537, al concursado que hubiera “enajenado con depreciación notable bienes cuyo precio estuviera adeudando”.

⁴²² ABEL SOUTO, M. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles, Op. cit., p. 817.

La venta a pérdida puede conceptualizarse como la operación mercantil que se da cuando el precio aplicado a un producto es inferior al de adquisición, según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuera inferior a aquél, o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación. Está prohibida por la Ley de Competencia Desleal y, especialmente, por la Ley 7/96, de Ordenación del Comercio Minorista (art. 14) con cuatro excepciones que han de tener su relevancia en el ámbito penal:

- La venta en liquidación;
- La venta de saldos;
- La venta de artículos perecederos en fecha próximos a su inutilización; y
- Cuando se practica con el objetivo de alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar significativamente a sus ventas.

El principal fundamento de este artículo se encuentra en tratar de mantener la obtención de liquidez por parte del deudor para poder afrontar los pagos urgentes de este⁴²³, en este sentido, al igual que los casos anteriores, el tipo trata de castigar aquellas conductas que puedan suponer una reducción del activo del deudor, sin que exista una justificación económica razonable.

⁴²³ RODRÍGUEZ PADRÓN, C. *Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal*. (...) Op. Cit.p. 6. Entiende que no cabe justificación la regulación de estos supuestos, ya que ante una mala situación económica puede darse dichas conductas para el cierre de las operaciones mercantiles, ya que en caso contrario podría suponer un agravamiento de la situación económica en la que se encuentra el mismo deudor o la entidad mercantil.

*Simulación de créditos o reconocimiento de créditos ficticios*⁴²⁴.

Esta conducta se establece en el tipo 259.1.4º y castiga al sujeto que “*simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios*”, lo que únicamente permite considerar la conducta como dolosa, sin que pueda establecerse un tratamiento de la imprudencia con respecto a esta acción típica. Como en los anteriores supuestos, este tipo trata de castigar aquellas conductas que supongan una reducción fraudulenta del activo del deudor, en este caso, a través de actos que supongan un incremento irreal del pasivo del mismo⁴²⁵. La conducta que quiere castigar este tipo penal se centra en la realización de “negocios crediticios ficticios”, por medio de los cuales se simulan derechos de otros sujetos o se reconocen derechos imaginarios, cuya ficción supone un aumento del valor del pasivo⁴²⁶.

Dentro de esta categoría, podrían también incluirse los denominados “concurso planeados”, en los que se realizan acciones dirigidas a retrasar la quiebra del deudor simulando solvencia. En esta actuación nos encontraríamos ante un tipo mixto, en el que se engloba, por un lado, los elementos de la insolvencia, y por otro lado, los elementos de estafa, ya que el deudor conoce

⁴²⁴ Como se puede observar, vuelve a incorporarse una conducta ya regulada por el Código Penal de 1870, donde en el artículo 537 castigaba de forma agravada al comerciante que hubiera “simulado enajenación o cualquier gravamen de bienes deudas u obligaciones”.

⁴²⁵ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2016). *El nuevo delito de bancarrota*. Op. Cit. p. 9.

⁴²⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A., En El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015. Op. Cit. p. 110.

desde un principio su incapacidad para afrontar las obligaciones contraídas con sus proveedores durante ese periodo en que simula ser solvente⁴²⁷.

*Participación en negocios especulativos sin justificación que supongan un incumplimiento del deber de diligencia debida*⁴²⁸

En el artículo 259.1.5º se tipifica la conducta relativa al sujeto que “participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos”. Hay que tener en consideración que la mera participación en un negocio de carácter especulativo no tiene repercusión penal pues estos son habituales en las actividades empresariales, ya que siendo su principal objetivo la obtención de un rendimiento económico, éste también incluye tratar de obtener un beneficio económico a través de las fluctuaciones del mercado. El apartado 5º del artículo 259.1. no castiga la mera participación en un negocio especulativo, sino que la acción punible incide sobre la falta de aplicación del debido principio de diligencia en la actuación por parte del

⁴²⁷ MONGE FERNÁNDEZ, A., En El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015. Op. Cit. p. 105.

⁴²⁸ De esta forma, vuelve a incorporarse la conducta que se establecía en el Código Penal de 1870, en el cual se castiga al concursado que hubiera obtenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependiera exclusivamente del azar.

deudor empresario que se encuentre en un caso de insolvencia actual y que realice un negocio especulativo, una vez más, sin justificación económica⁴²⁹.

*Conductas que supongan una infracción de los deberes legales contables*⁴³⁰.

En el artículo 259.1. 6º se establece castigo a quien “incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera”. El legislador, por medio de la Ley 1/2015, ha ampliado el tipo injusto incluyendo determinadas conductas que suponen una infracción de los deberes contables de lo que se encuentre obligado cualquier comerciante y que pueden obstaculizar el concurso futuro.

La reforma de la LO 1/2015 ha querido incluir en el tipo ciertas infracciones de los deberes legales contables a que se encuentran obligados los comerciantes. Dicha regulación ha sido criticada al considerar que se trata del

⁴²⁹ FARALDO CABANA, P., *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo III*. Ed. Thomson Reuters. p.296.

⁴³⁰ Dicha conducta encuentra una vinculación con el artículo 714 del antiguo Código Penal de 1928, por medio del cual se castiga a “los quebrados que no hubiesen llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos que previenen el Código de Comercio, cuando de tales defectos u omisiones haya resultado perjuicio a tercero, y los que no hagan la manifestación de quiebra en el término y forma prescritos por las leyes”.

paradigma del incremento del injusto típico, pues es una modalidad delictiva sobre una mera infracción de los deberes contables, las cuales pueden llegar a tener su sanción por medio de la regulación mercantil-civil establecida en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por razón de la cual se determina el concurso como culpable cuando se incurra en alguna de las presunciones establecidas en el artículo 165 LC lo que conllevará para el sujeto las consecuencias sancionadoras que el juez mercantil establezca en sentencia⁴³¹, lo que podría dar lugar a un doble castigo o provocar una verdadera desproporción de la pena impuesta con posterioridad a la conclusión de la Sección Sexta del procedimiento concursal. La doctrina considera que nos encontramos ante lo que se denomina una acción de “maquillaje de cuentas” o un “incumplimiento absoluto”, por medio del cual se castiga penalmente los resultados por el incumplimiento de las obligaciones de carácter contable⁴³². En este sentido, el precepto penal trata varias conductas, que se puede llegar a vincular con el delito de falseamiento de documentos regulado en el artículo 290 CP, el cual trata una serie de acciones típicas con las que se pretende alterar la imagen de la sociedad. Como se puede observar, este tipo establece diversas conductas al respecto, las cuales debemos de comentar brevemente a continuación.

En primer lugar, trata la omisión de la llevanza de la contabilidad por parte del administrador, en este caso, se trata del incumplimiento total de llevar

⁴³¹ Dicho artículo 165.1 LC establece en su apartado tercero una presunción de culpabilidad del concurso: “Si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad y no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso”.

⁴³² MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento Penal*. (...). Op. cit. . p.1466 y ss.

una contabilidad, produciendo un incumplimiento de carácter absoluto, es decir, cuando se carezca de cualquier contabilidad mercantil. En segundo lugar, el tipo rata los casos de llevanza de una contabilidad distinta por medio de una doble contabilidad, este acto supone la existencia de una contabilidad falsa que se puede encontrar regularmente llevada y cumplimentada con todos los requisitos legales, sin embargo, se oculta con la finalidad de no reflejar la real imagen de la sociedad⁴³³. En tercer lugar, respecto a la comisión de irregularidades en la llevanza de la contabilidad, hay que destacar que no puede atenderse a cualquier tipo de irregularidad ya que muchas de estas no llegan a distorsionar la imagen fiel de la empresa, del mismo modo, hay que tener en consideración que existen una gran variedad de criterios contables para tratar la contabilidad de una sociedad, por medio de las cuales pueden llegar a dar diversas contabilidades⁴³⁴.

El tipo hace especial referencia a la obligación de todo empresario que establece el artículo 25.1 del Código de Comercio, que *“deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario”*. Estas infracciones también han sido reguladas por el la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su artículo 164 que establece

⁴³³ THOMÀS PUIG P.M., La doble contabilidad como presupuesto de la calificación del concurso culpable. Aranzadi. Enero 2013.

⁴³⁴ En este caso, cabe atender a las disposiciones del artículo 25 del Código de Comercio, así como el Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

que la realización de dichas conductas conllevará a la determinación del concurso como culpable⁴³⁵.

Acude de nuevo el legislador penal en la regulación de la insolvencia punible a una norma penal en blanco, la cual va dirigida hacia las disposiciones que se establecen en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal citada anteriormente, así como el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio y el Real Decreto Legislativo 12010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Muy especialmente, deberá acudir a las normas que regulen la contabilidad, siendo estas aprobadas por Real Decreto, como se ha indicado, y estando sujetas a gran variabilidad según los criterios internacionales que las distintas asociaciones de contabilidad y economía imponen⁴³⁶.

Sin embargo, en este tipo no puede caber cualquier tipo de infracción legal, sino que solamente podrán darse cuando estas sean relevantes y supongan un obstáculo para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor, lo cual debe de ser determinado por el juez correspondiente ya que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado.

Del mismo modo, el artículo también establece la conducta relativa a la destrucción de libros contables o su grave alteración, por lo que podemos

⁴³⁵ *Vid.* Artículos 164.2.1º y 164.2.2º de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁴³⁶ Las NIC (Normas Internacionales de Contabilidad) o IAS –International Accounting Standards, en inglés– son un conjunto de estándares creados desde 1973 hasta 2001 por el IASC –International Accounting Standards Committee–, quien se encarga de revisarlas y modificarlas desde el año 2001.

encontrar una referencia al artículo 390 de nuestro Código Penal relativo a las falsedades documentales.

Ocultación, destrucción o alteración de la documentación que debe conservar el empresario.

En virtud del artículo 259.1.7º se castiga al sujeto que “oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor”. En este sentido, el presente precepto parece que pueda llegar a solaparse con el articulado anterior, sin embargo, esta conducta solamente puede ser realizada por el empresario de la entidad⁴³⁷ y que, a diferencia del artículo 259.1.6º, se determina el objeto contable sobre el que recae la conducta ilícita, el cual debe versar sobre los documentos de ejercicios precedentes del caso y del anterior⁴³⁸.

Podemos atender a que este precepto hace referencia a una norma penal en blanco, vinculado la conducta típica con el artículo 30 del real Decreto de 22 de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, a tenor del cual se

⁴³⁷ Atendiendo al artículo 30.1 Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, podemos conocer que los empresarios se encuentran en la obligación de conservar “*los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales*”.

⁴³⁸ RODRÍGUEZ PADRÓN, C., Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal. (...) Op. Cit. p. 8.

establece la obligación sobre los empresarios para la conservación de los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros. En este sentido y a tenor del mismo, se establece que el cese del empresario en el ejercicio de sus actividades no le exime de sus deberes de conservación.

Como queda reflejado, nos encontramos ante una obligación de carácter mercantil y contable sancionada en el ámbito penal. En este sentido, no encontramos ninguna referencia tradicional que trate un supuesto similar, por lo cual, por nuestra parte, consideramos que dicha regulación se ha establecido con el objetivo de dotarle de una mayor protección a tales documentos contables con la finalidad de asegurar las garantías en los concursos de acreedores.

Formulación de cuentas anuales o libros contables contrarios a la normativa contable mercantil que dificulten el conocimiento la valoración de la situación real del deudor o incumpla el deber de formular balance o inventario en plazo.

El artículo 259.1.8º tipifica exactamente la conducta relativa sobre quien “formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo”.

Como se puede observar, bajo esta conducta se describen dos modalidades diferentes, por un lado se castiga la conducta del deudor mercantil que llegue a formular documentos contables de forma contraria a la norma

contable y mercantil, siempre y cuando esta dificulte o imposible el examen o valoración de la situación económica real del deudor, por lo que se configura como una conducta de peligro, en la que solamente es necesario el mero incumplimiento contable, sin que sea necesario la concurrencia de un resultado concreto, quedando entonces bajo la potestad de la normativa mercantil y la aplicación de sus infracciones⁴³⁹. Por otro lado, se castiga la conducta omisiva del deudor mercantil que se encuentra obligado a formular los correspondientes balances de inventarios dentro de un plazo determinado y no lo hace⁴⁴⁰.

b. Conducta de cierre

Cualquier otra conducta activa u omisiva de grave infracción del deber de diligencia sobre la gestión de asuntos económicos y que cause una reducción del patrimonio del deudor o que oculte su situación real

Los administradores societarios, a lo largo del tiempo, han adquirido gran autonomía con respecto a los socios que los nombran, de los que ya no se consideran meros mandatarios, como podía suceder en los inicios del s. XX; así, aunque la legislación española impone la presencia de dos órganos en el seno de las sociedades (Junta General y Órganos de Administración) y se atribuye a éste último la representación orgánica de la sociedad, no existe en la misma una definición o caracterización expresa de su papel y, hoy día, son

⁴³⁹ MARTÍN, S.; PEDRO CORTÉS, J., El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible. (...), 2015, pp. 3-13. p.7.

⁴⁴⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., En El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015. Op. Cit. p. 118.

muchos los autores que entienden que el contenido de la relación entre socios y administradores habrá de completarse según las previsiones legales para cada tipo de sociedad; en la escritura social; en los estatutos o incluso a través del concreto nombramiento, en el que se recojan las competencias, facultades, derechos y obligaciones que les atañen⁴⁴¹.

Pueden diferenciarse facultades y obligaciones propias del órgano, con independencia de cómo se constituya, y aquellas de las que goza la persona física o jurídica para el desempeño de su cargo⁴⁴², siendo sus dos funciones básicas la representación de la mercantil y gestión del objeto social, ejerciendo aquellas funciones no reservadas específicamente a la Junta General⁴⁴³.

Las funciones de gestión son exclusivas de los administradores, si bien en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada la Junta General podrá impartir determinadas instrucciones sobre la gestión de la sociedad –hecho distinto de éstas con respecto a las sociedades anónimas y que responde al carácter personalista de estas sociedades–, esto no provocará una exención de responsabilidad de sus administradores por aquellos acuerdos adoptados y posteriormente planteados a la Junta para su aprobación⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ G. GUERRA MARTIN, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, p. 10.

⁴⁴² Art. 209 LSC: “Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.”.

⁴⁴³ Art. 160 LSC que recoge en diferentes apartados las competencias exclusivas de la Junta General de una sociedad de capital.

⁴⁴⁴ ESTEBAN VELASCO, G. “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Tratando de las sociedades de responsabilidad limitada*, -772, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, p. 689.

Los administradores sociales ejecutivos tienen un derecho-deber de información sobre la marcha de la sociedad (art. 225 LSC) inherente a las funciones que se les encarguen, pues se entiende por la jurisprudencia que han de tener acceso a toda la información societaria necesaria para el desempeño de su cargo, ya sea éste individual o colectivo⁴⁴⁵. Más relevante se hace este derecho en el caso de un Consejo de administración, ya que, como órgano de actuación colegiada, su funcionamiento requiere que todos los miembros puedan tener un conocimiento exacto del contenido del orden del día, y como los puntos relativos a éste se expresan de manera genérica, puede afirmarse que el derecho de información de los consejeros es especialmente amplio y se les reconoce un derecho a examinar libros, registros, documentos, antecedentes operativos, inspeccionar instalaciones y comunicarse con cualquier directivo, así como contar, con cargo a la sociedad, con el apoyo de asesores legales, contables, financieros, técnicos o expertos para poder consultarles sobre los problemas concretos de cierta complejidad e importancia que se presenten en el desempeño de su cargo. Si bien se ha planteado cuál ha de ser el alcance de la información que ha de facilitarse por los consejeros con funciones delegadas, pues ha de concretarse qué puede exigir el Consejo para mantener un control sobre las actividades de estos delegados o consejeros ejecutivos y hacer partícipe al Consejo de las decisiones de gestión colegiada⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ El artículo 196 LSC recoge el derecho de información para los socios de la sociedad de responsabilidad limitada; sólo el artículo 197.3 LSC establece excepciones al derecho de información, pero al accionista de la sociedad anónima: 3. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas

Puede vincularse este derecho con los dos deberes fundamentales – diligencia (225 LSC) y lealtad (226 LSC)– que atañen a todo administrador, pues en el marco de dichos deberes se incluye también el de informarse sobre la marcha de la sociedad, lo que incluye todos los aspectos relativos a las cuentas anuales, evolución de negocios, hechos significativos o previsiones que puedan tener influencia en los resultados de la sociedad⁴⁴⁷; pero no hay que olvidar que todo el elenco legal de deberes se encuentra imbuido de un deber o principio general no escrito de buena fe. El conjunto de estos tres deberes establecen el modelo de conducta que habrá de seguir el administrador cuando no encuentre norma escrita a la que ceñir su actuación⁴⁴⁸ y son parámetros utilizados por el derecho penal para valorar la conducta del sujeto activo en los delitos socio-económicos.

⁴⁴⁶ PERONE, G., “El acceso de los administradores «no ejecutivos» a la información social en el ordenamiento italiano.”, *Revista de Derecho Privado*, 25, 2013, p. 154. Propone que los administradores no ejecutivos podrían, en caso de no estar previsto en estatutos el deber de información, llevar a cabo investigaciones internas, consultas de documentación, entrevistas con empleados, etc., todo con tal de conocer exactamente cuál es el contenido de las actuaciones de los consejeros ejecutivos.

⁴⁴⁷ LLOBET ANGLÍ, M., “Administradores sociales y colisión de deberes: información a los socios vs. secreto empresarial”, *Diario La Ley*, 7409, 2010. La autora se plantea el conflicto al que se enfrentan los administradores sociales, toda vez que el Código Penal castiga a los administradores de una sociedad que, sin causa legal, negaren o impidieren a un socio el ejercicio del derecho de información, reconocido por las leyes; pero, sin embargo, también rehace sobre estos administradores el deber (penal) de secreto comercial o industrial.

⁴⁴⁸ RIBAS FERRER, V., “Artículo 225. Deber de diligente administración”, en *Compendio de la Ley de Sociedades de Capital*, de 2010, p. 1608-1620, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 1608.

c. La conducta del artículo 259.2

Otra de las novedades que nos ofrece la LO 1/2015 se refleja en el artículo 259.2 CP en el cual establece que “La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia”.

En este caso, la principal diferencia entre este artículo y el 259.1 versa en que las conductas reguladas en este último no requieren causar un resultado de insolvencia, sino que se trata de delitos de peligro. De esta forma, el contenido del artículo 259.2 va dirigido principalmente a aquellos casos en los que el deudor, encontrándose en una situación de insolvencia inminente, realizara alguna de las conductas establecidas en el artículo 259.1, derivando con ello en una situación de insolvencia actual, con la particularidad que puede llegar a darse por medio de la actuación imprudente del sujeto activo.

La doctrina critica con razón dicha regulación al considerarlo incensario, ya que esta conducta ya es punible a tenor de lo dispuesto en el artículo 259.4 CP en la que el deudor puede ser perseguido penalmente en los casos que desarrolle esta misma conducta, encontrándose en una situación de insolvencia en la que deje de cumplir sus obligaciones de forma reiterada⁴⁴⁹, asimismo, esta pluralidad regulatoria puede llegar a dificultar la correcta aplicación del tipo penal⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *El nuevo delito de bancarrota*, Op. cit. p. 15.

⁴⁵⁰ FARALDO CABANA, P. (2015). (...). Op. Cit. p.296.

7. *El deber de diligencia concretado en otros deberes específicos: fidelidad, competencia, profesionalidad, atención, prudencia, vigilancia e información.*

Para definir este deber de diligencia mercantil hemos de acudir al concepto indeterminado establecido en el artículo 1104 del Código Civil del “*buen padre de familia*”; así como al estándar de actuación establecido por el Código de Comercio en su artículo 255 del “*cuidado del negocio como propio*”⁴⁵¹; y a las propias previsiones del artículo 225 LSC, que habla de “*la diligencia de un ordenado empresario*” y de la actuación del administrador como un “*representante leal*” (226 LSC). Estas dos últimas cláusulas generales remiten ya al deber de fidelidad, que habrá de concretarse a partir de las directivas propias de la causa del negocio y en consonancia con las exigencias propias de la naturaleza de la concreta obligación, esto es, en consonancia también con el principio de lealtad⁴⁵².

Fuera del ámbito de sectores determinados con una regulación específica, el ejercicio del cargo de administrador, por regla general, no precisa de una cualificación profesional, aunque su exigencia de responsabilidad es superior a la del hombre medio ya que el administrador está sujeto a una serie de obligaciones que traen consigo un deber de comportarse con cierta

⁴⁵¹ Artículo 255 C. de Comercio; Referido al contrato de comisión mercantil: “En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio.

Mas si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio”.

⁴⁵² RAMOS HERRANZ, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de derecho civil*, vol. 59, 1, 2006, p. 197.

competencia y profesionalidad, esto es, ha de conocer las obligaciones jurídicas que atañen su negocio; tener las capacidades y poseer los conocimientos que requieren las funciones a él encomendadas. Lo que no exige este deber de profesionalidad es que el administrador cuente con una titulación específica, pues para el conocimiento técnico específico siempre podrá contar con especialistas⁴⁵³.

La diligencia está íntimamente relacionada con la actuación del administrador en interés ajeno y, por ello, tiene un contenido que puede dividirse en otros varios deberes complementarios⁴⁵⁴.

El deber de atención constituye, tal vez, la primera obligación del administrador, pues consiste en tener una participación activa en las tareas encomendadas. Las manifestaciones de este deber serán distintas según que el administrador sea únicamente consejero o posea facultades ejecutivas.

El deber de prudencia también es una manifestación del deber de diligencia que no exige al administrador unos concretos resultados, sino el respeto al proceso de toma de decisiones. Es evidente que la actividad empresarial está sujeta a contingencia e incertidumbre, por lo que, debido a razones de eficiencia, ha de permitirse a los administradores un amplio margen

⁴⁵³ RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de derecho de sociedades*, 38, 2012, p. 101.

⁴⁵⁴ VERDÚ CAÑETE, M.J., “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores”, *Revista Lex Mercatoria*, 1, 2015 En la última reforma de la LSC se tipifican los deberes legales de los administradores de sociedades de capital (diligencia y lealtad) de forma más precisa. Las cláusulas generales que, hasta ese momento, delimitaban estos deberes han sido concretadas, incorporando resultados de trabajos previos (fundamentalmente, los Códigos de buen gobierno, y el Informe técnico sobre la reforma del gobierno corporativo).

de discrecionalidad que les incentive a tomar riesgos empresariales que potencien el negocio. La falta de cuidado se dará cuando se actúe desconociendo los riesgos que se deberían conocer y cuando se tomen decisiones sin la cautela o prevención necesarias.

El administrador también está sujeto a un deber de vigilancia respecto al comportamiento del resto de administradores y altos directivos con funciones ejecutivas, en el sentido de asegurarse que las decisiones de dirección de la actividad empresarial se corresponden con las decisiones adoptadas y de intervenir ante los conflictos de interés que puedan surgir entre los intereses particulares de los administradores y la sociedad.

El deber de información exige al administrador estar al tanto de todo aquello que, en su ámbito de responsabilidad y en la sociedad, sea relevante para cumplir sus cometidos. De hecho, este deber es la base para el correcto y eficaz ejercicio de muchos de los demás deberes analizados: de atención, de prudencia, de vigilancia... Por tal motivo, el administrador tiene el derecho y el deber de solicitar de la sociedad cuanta información considere oportuna para formarse un criterio razonable.

Podemos decir que la concreción del deber de diligencia en los otros deberes específicos que hemos tratado (información, competencia, atención, vigilancia...) supone una ajustada definición de cómo ha de ser el comportamiento del administrador en su relación con los socios de la

sociedad⁴⁵⁵; concreción de obligaciones que se completa con el deber de lealtad.

La Ley de Sociedades de Capital recoge en su artículo 226 el contenido del deber de lealtad exigible a los administradores, referido a la obligación de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses, salvo que la sociedad autorice su actuación interesada previa notificación del conflicto por parte del administrador afectado⁴⁵⁶.

Se trata de un deber distinto del deber de diligencia o de buena fe, que tiene un reconocimiento legal por sectores –v. gr. Art. 14 Ley de agrupaciones de interés económico o el art. 35.1 Ley Concursal–, pero que no tiene una formulación general y expresa que establezca su concepto y contenido fundamental aplicable a toda sociedad, civil o mercantil; aunque sí se puede decir que su contenido nuclear está presidido por dos ideas: la prohibición de actuar interesadamente en beneficio propio y la obligación de comunicar todo conflicto a la sociedad, a fin de que ésta, conocidos los riesgos, las condiciones y naturaleza del conflicto, pueda decidir lo que más se ajuste a sus intereses, lo que incluye la autorización o no al administrador a actuar en situaciones de conflicto de interés cumpliendo ciertos requisitos.

La sociedad podrá pedir la **restitución** de aquellos beneficios que se derivan del comportamiento ilícito del administrador (arts. 1683 y 1720 del Código Civil; 135, 136, 138 y 288 del Código de Comercio), dada la

⁴⁵⁵ Hemos seguido aquí a RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; ESTEBAN VELASCO, G., “El deber de diligencia”, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 419 y ss. .

⁴⁵⁶ RIBAS FERRER, V., “Artículo 225. Deber de diligente administración”, cit., p. 1615.

prohibición existente de actuar en conflicto de intereses y de obtener ventajas distintas a la remuneración pactada, que gravan la actuación del administrador.

Por tanto, la validez y eficacia de los actos y negocios propios de la actuación interesada debe situarse en el ámbito de la extralimitación de funciones, y por tal motivo, tendrán una eficacia relativa supeditada a la ratificación por parte de la sociedad de esos negocios, aunque quedará a salvo de este supuesto la contratación que hubiera podido concluirse con un tercero de buena fe⁴⁵⁷.

La enumeración de los deberes de los administradores sociales realizada al tratar del deber de diligencia se concluye con esta prohibición de actuar en conflicto de intereses con la sociedad, sin al menos advertir a ésta de la situación, por lo que resta, como anunciábamos al principio, valorar en qué medida son aplicables esos deberes a la administración concursal.

Finalmente, a través del artículo 259.1. 9º se establece una cláusula de cierre de forma general, tipificando la conducta de quien *“realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”*. De esta forma, el legislador parece hacer inútil su trabajo descriptivo de conductas concretas en los apartados anteriores en lo que ha de ser entendido como un intento de cumplir con el principio de legalidad de la norma penal y de

⁴⁵⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia”, en *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, 2015, p. 313.

taxatividad de ésta, pues al establecer un precepto general y abierto, plagado de conceptos jurídicos indeterminados, que permite sancionar a cualquier sujeto que realice cualquier acción activa u omisiva que infrinja el debido deber de diligencia y que implique una reducción del activo del deudor o una ocultación de su verdadera situación económica o actividad empresarial, está volviendo a lo que ya hacía el anterior artículo 260 CP con su descripción genérica de la conducta punible⁴⁵⁸.

El artículo 259.2 establece que “La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia”. El contenido del artículo 259.2 va dirigido principalmente a aquellos casos en los que el deudor, encontrándose en una situación de insolvencia inminente, realizara alguna de las conductas establecidas en el artículo 259.1, derivando con ello en una situación de insolvencia actual, con la particularidad que puede llegar a darse por medio de la actuación imprudente del sujeto activo⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *El nuevo delito de bancarrota*. Op. Cit. p. 10. Considera que el contenido del tipo, en lo que se refiere al concepto de “situación empresarial” puede conllevar ciertos problemas de determinación a causa de su ambigüedad y su dificultad de interpretación. En este caso, el autor considera que dicho precepto hace referencia a cuestiones del entorno de la empresa, como la situación en la que se encuentra el mercado, la solvencia, la competencia, etcétera.

⁴⁵⁹ Siguiendo a DE PORRES ORTIZ DE URBINA, podemos considerar que esta regulación es innecesaria, ya que esta conducta ya es punible a tenor de lo dispuesto en el artículo 259.4, en la que el deudor puede ser perseguido penalmente en los casos que desarrolle esta misma conducta, encontrándose en una situación de insolvencia en la que deje de cumplir sus obligaciones de forma reiterada. En esta misma línea FARALDO CABANA, P. (...). Op. Cit.. P.296. entiende que dicho artículo es innecesario y que dificulta la aplicación del tipo penal.

8. *La conducta imprudente*

Es de destacar que por medio de la Ley Orgánica 1/2015 se recupera la modalidad imprudente para el delito concursal, lo cual es de por sí llamativo ante las pocas ocasiones en que el Código penal de 1995 se tipifica específicamente la imprudencia en los delitos económicos⁴⁶⁰.

El apartado tercero del artículo 259 establece que “cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses” en contraste con el anterior artículo 260 CP de 1995 que sólo se refería a “causar o agravar dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia” con el fin de dejar de lado los elementos del tipo subjetivo y mantener la peligrosidad objetiva del tipo apartada de la intención del autor.

Aunque bajo este tipo recuperado de imprudencia, se pueden reunir supuestos en los que el deudor tiene la obligación de cumplir un deber de cuidado que le exige conocer la situación de insolvencia si se da y el deber de preverla, sin embargo, se ha criticado que dicho artículo no determine qué tipo de imprudencia justifica la sanción penal⁴⁶¹ lo que puede llegar a vulnerar

⁴⁶⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., En *El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015*. Op. Cit. p. 135. Con excepción del caso de la modalidad imprudente del delito de blanqueo de capitales y otros delitos contra la Hacienda Pública de la Unión Europea.

⁴⁶¹ *Vid.* RODRÍGUEZ PADRÓN, C. (2015). *Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal*. (...) Op. Cit. p. 8. Considera que la comisión imprudente de las conductas comentadas anteriormente tiene una elevada dificultad, ya que, como se ha podido observar, para su comisión es necesario apreciar dolo. De esta forma, considera que la comisión imprudente solamente se podrá dar en cuatro de los nueve casos que establece el artículo 259.1, los cuales son los siguientes supuestos: artículo

principios fundamentales como la proporcionalidad de la pena y las necesidades relacionadas a la tutela judicial efectiva⁴⁶².

Dicha imprudencia debe de ser grave, toda vez que se han suprimido las faltas del Libro III del Código Penal⁴⁶³ y puesto que, para limitar una posible exagerada extensión de este precepto, es conveniente aplicar únicamente esta figura a aquellos casos en los que la conducta presuponga una causación o agravación de la situación de insolvencia en forma grave, pues otra cosa sería extender en demasía los límites, ya de por sí anchos, del tipo delictivo analizado⁴⁶⁴.

Analizando las regulaciones históricas encontramos descritas situaciones con referencia a la imprudencia, más concretamente los artículo 520 y 521 del Código penal de 1944 que recogían la tradición legislativa de nuestro país interrumpida durante 20 años por el Código de 1995, tipos en los que, por ejemplo, se recogía el supuesto de quiebra culposa determinada en muchos casos por el excesivo optimismo que informaba la actuación de determinados

259.1.3º, relativo a la realización de operaciones mercantiles por debajo de su coste; artículo 259.1.4º, relativo a la simulación o reconocimiento de créditos ficticios; artículo 259.1.5º, relativo a la participación en negocios especulativos carentes de justificación y que sean contrarios al deber de diligencia; artículo 259.1.6º, relativo al incumplimiento de las obligaciones contables.

⁴⁶² De esta forma, DE PORRES ORTIZ DE URBINA, realizando una comparación con la tipificación de la imprudencia sobre otros delitos graves (tales como el homicidio, el aborto y las lesiones), en los que se descarta la comisión del delito en los supuestos de imprudencia leve, considera que la imprudencia para incurrir en el artículo 259.3, debe de realizarse de una forma grave para poder ser típico.

⁴⁶³ SOUTO GARCIA, M., Frustración de la ejecución e insolvencias punibles. Op. Cit. p. 817.

⁴⁶⁴ SÁNCHEZ DAFAUCE., Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012.Tomo II. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 760.

deudores en situaciones de crisis económica, cuando actuaban estos con una elevada y desmedida euforia confiando de forma ilógica en la recuperación de su solvencia.

La renovada tipificación de esta conducta imprudente encuentra su justificación en razones de política criminal distintas de las que rigieron la elaboración del Código de 1995 y la modificación de la Ley Orgánica 15/2003, en las que sólo se contempló la modalidad dolosa como típica; y es que, la actual regulación de un tipo imprudente por la L.O. 1/2015 se centra en la infracción de los deberes en la administración realizada o en la gestión de la empresa, independientemente de la intención del sujeto activo en defraudar o perjudicar a los acreedores, si bien no las describe ni señala, por lo que se puede entender que la relación de conductas recogidas en los dos primeros apartados del artículo 259 han de ser consideradas dolosas⁴⁶⁵.

La regulación de esta modalidad imprudente no parece que pueda llegar a ser eficaz, ya que, dicho artículo 259.3 contiene una “cláusula general de imprudencia”⁴⁶⁶, en la que se podrían llegar a integrar todos los supuestos del artículo 259 realizados de una forma imprudente. Por ello, no se llega a entender el motivo por el que el legislador hace referencia directa a la denominada “infracción del deber de diligencia” en el artículo 259.1, apartados 5º y 9º para establecer que en un supuesto solamente es suficiente la mera “infracción del deber de diligencia” (como en el caso del artículo 259.1. 5º del

⁴⁶⁵ *Vid.* NIETO MARTÍN, A., El delito de quiebra. Op. Cit. p. 140.

⁴⁶⁶ Explica BACIGALUPO ZAPATER, E. que si bien se nota la influencia del derecho penal alemán en la redacción del tipo, la inserción de esta cláusula general se aparta de la regulación alemana pues allí no existe como tal, ya que sólo se castigan determinados supuestos culposos.

Código Penal), pero en el otro (259.1.9º CP) se exige que la misma sea grave⁴⁶⁷.

9. *La conducta agravada del artículo 259 bis*

La tipificación de las conductas agravadas es otra de las novedades que establece la Ley Orgánica 1/2015, por medio del artículo 259 bis, por medio del cual se establecen tres subtipos que conllevan una agravación de la pena. Es destacable la recuperación de un límite cuantitativo para incurrir en el tipo agravado, pues analizando las regulaciones anteriores, podemos observar que ya el Código penal de 1870, en su artículo 539 establecía la imposición de la pena en su grado máximo, si la pérdida ocasionada en el concurso era superior al 50% del crédito del acreedor. Se vuelve a introducir una conducta agravada que había desaparecido en la anterior regulación.

Este precepto establece “*una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses*”, cuando los hechos descritos en el artículo 259.1, 259.2 y 259.3, se hubieran cometido concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

⁴⁶⁷ MONGE FERNÁNDEZ, A., En El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015. Op. Cit. p. 137.

- a. Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.

Debido a que el delito de las insolvencia punible debe de encontrarse vinculado a una situación pre-concursal o concursal en los que existan una diversidad de acreedores⁴⁶⁸, la conducta que justifique tal agravante debe de darse únicamente en aquellas situaciones en la que los acreedores sean más que varios y en los que la conducta del sujeto activo llegue a causar un perjuicio global a todos ellos⁴⁶⁹.

Respecto al concepto de “generalidad de personas”, el legislador crea una agravación específica frente al delito en masa recogido en el artículo 74.2 CP. Como es entendible, el concepto de “generalidad de personas” hace referencia a un grupo numerosos de personas, en el que no tiene porqué mostrar un vínculo común con el sujeto activo. El concepto relativo al delito de masa ha sido analizado ampliamente y así se considera que requiere de tres elementos, como son:

⁴⁶⁸ SOUTO GARCÍA, M., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p. 820. Sostiene que es altamente difícil que se de una situación concursal en la que no resulte perjudicados una multitud de sujetos.

⁴⁶⁹ *Vid.* DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *El nuevo delito de bancarrota*; Op. Cit. p. 12. Considera que esta regulación puede conllevar a resultados gravosos si este se aplica de una forma generalizada, ya que las conductas básicas en las que se producen las insolvencias punibles suelen afectar a una multitud de acreedores, ya que este se encuentra relacionado con un proceso universal. Por ello, el autor hace hincapié en la necesidad de realizar una interpretación al respecto para poder limitar los supuestos en los que este tipo agravado puede llegar a aplicarse.

- Existencia de un elemento normativo constituido por tratarse de un delito contra el patrimonio.
- Existencia de un elemento objetivo en el que se da una notoria gravedad del hecho delictivo.
- Existencia de un elemento subjetivo por el que los sujetos pasivos debe de constituir una generalidad de personas.

Ya en el auto de 18 de noviembre de 1989 se determina dicho concepto como una generalidad de personas a una mayoría de personas o muchedumbre⁴⁷⁰. Esta agravación es beneficiosa para el reo, pues frente al incremento de la pena en grado que suponía el 74.2 CP, a partir de ahora la afectación de una generalidad de personas en el ámbito de un concurso fraudulento quedará circunscrita a los límites penológicos del tipo.

- b. Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

Como se puede entender, el plus de antijuridicidad en este caso por el que se justifica la regulación de este agravante, se encuentra en la elevada gravedad del perjuicio causado hacia alguno de sus acreedores. De esta forma, el legislador se ha decantado por establecer un límite cuantitativo económico para incurrir en este tipo agravado, fijando una cantidad de 600.000 euros. No obstante, el tipo no determina si dicho perjuicio económico debe proceder de un crédito solamente, o si se debe contabilizar en el conjunto de créditos de los que sea titular el acreedor, o si bastará con que unos pocos acreedores privilegiados –en la terminología de la LC y en general acreedores con más

⁴⁷⁰ Así la STS 1111/2003, en la cual no atendían a la aplicación cuando los afectados eran nueve personas y el perjuicio económico millonario.

garantías de su crédito que el resto de acreedores incursos en un proceso concursal- acumulen deudas por esa cuantía⁴⁷¹.

Sin embargo, en la práctica, no podemos llegar a justificar la fijación de este límite cuantitativo atendiendo a la realidad empresarial en la que nos encontramos. En este sentido, en la actualidad, el número de empresas activas se sitúa en torno a las 3.236.582, sin embargo, 3.178.408 son Pequeñas y Medianas Empresas (PYMESs) con un volumen de cifra de negocio reducidas⁴⁷², asimismo, del total de estas empresas que entra en concurso, en la práctica, un 47'66% de estas se encuentran en un volumen de negocio por debajo de los 500.000 euros, siendo estas principalmente Sociedades de Responsabilidad Limitada⁴⁷³. Por lo tanto, a la vista de la realidad empresarial en la que nos encontramos actualmente en nuestra economía, consideramos de gran dificultad la aplicación práctica de este límite de 600.000 euros para la comisión de esta conducta agravada, ya que estas empresas pequeñas y medianas, caracterizadas con una cifra de negocios reducida, no generarán un gran nivel de deudas en comparación con aquellas que muestren una cifra de negocios superior, por lo que no parece justificarse dicha cifra como un límite de especial gravedad.

⁴⁷¹ SOUTO GARCIA, M. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles. Op. Cit. p.818.

⁴⁷² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Estructura Y dinamismo del tejido empresarial en España. Directorio Central de Empresas (Dirce)*, 2016. En este sentido, del total de empresas activas, un 55'05% son empresas sin asalariados, el 40'78% tienen entre 1 a 9 asalariados y solo un 0'12% poseen 250 o más asalariados, por lo que el 99'98% de estas son PYMES.

⁴⁷³ Vid. Instituto Nacional de Estadística. *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC)*. Tercer trimestre de 2016.

- c. Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

Finalmente, se castiga con una pena agravada las conductas de bancarrota o causación e insolvencia cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tengan como titular a la Hacienda Pública, ya sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social. Esta última conducta agravada, encuentra su fundamento en la condición de los acreedores y su carácter público, por medio del cual se trata de proteger el interés público de los créditos que el deudor ha defraudado⁴⁷⁴.

Podemos vincular esta conducta agravada con las presunciones que se establecen por medio del artículo 2.4. de la Ley Concursal, como es el caso de los hechos reveladores de la insolvencia aludiendo al “*incumplimiento generalizado de la obligaciones (...) de pago de cuotas de la Seguridad Social*”, por lo que la doctrina lega a considerar que la regulación de este tipo agravado se justifica a causa de una extensión punitiva.

Es por ello por lo que la doctrina critica la justificación de esta agravación, a que interpreta que la tipificación de esta conducta puede llevar a generar problemas interpretativos, ya que no encuentran justificación al agravio comparativo que se produce al tener la Administración una mayor protección que los propios particulares, los cuales pueden verse más perjudicados en el caso de que no se satisfagan sus créditos⁴⁷⁵. Asimismo, ha sido objeto de

⁴⁷⁴ *Vid.* DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *El nuevo delito de bancarrota*. Op. Cit. p. 12.

⁴⁷⁵ GALÁN MUÑOZ, A. *Presente y futuro*. Op. Cit. 312.

crítica que solamente se tenga en cuenta para la determinación de la conducta punitiva, solo un porcentaje de las deudas, ya que dicho precepto trata “*al menos la mitad del importe de los créditos concursales*” y no la deuda total que se debe a tales organismos de la Administración, ya que ello puede llevar a castigar de forma agravada aquellos concursos de escasa cuantía, solamente por razón de que el acreedor mayoritario sea un ente público⁴⁷⁶.

Finalmente, cabe destacar que no se permite la posibilidad de aplicar los agravantes comentados de forma conjunta, por ello, en los casos en los que el concurso provoque un perjuicio a más de dos acreedores por un importe superior a 600.000 euros, en los que uno de los afectados sea la Seguridad Social, sólo se podrá castigar por uno de los tipos que establece el artículo 259 bis. Sin embargo, en los casos que se de la existencia de estas tres circunstancias, el juez competente únicamente, según su libre valoración del caso concreto, podrá llegar a aplicar la pena en su máxima extensión⁴⁷⁷.

10. *La conducta de favorecimiento ilícito de acreedores*

Se establece en el artículo 260 y supone un reemplazo del artículo 259 de la anterior regulación, por medio del cual castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses al “*deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o*

⁴⁷⁶ SOUTO GARCIA, M., Frustración de la ejecución e insolvencias punibles. Op. Cit. 819

⁴⁷⁷ Ibidem p. 820.

generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial”. Se pretende evitar que determinados acreedores obtengan ventajas con respecto al resto antes de se proceda a tramitar la solicitud de concurso por parte del juez, la cual en ocasiones puede llegar a demorarse en demasía⁴⁷⁸. Por otro lado, el segundo apartado de dicho artículo mantiene el mismo contenido del artículo 259 de la anterior regulación, por lo cual continua castigando con penas de prisión uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses sobre “*el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto*”. Parte de la doctrina critica la regulación de esta conducta, ya que no se observa justificación al respecto, ni desde el ámbito económico ni el empresarial⁴⁷⁹. Cabe destacar que por medio de este tipo no solamente se castiga la conducta del concursado, sino que la responsabilidad penal llega a afectar al mismo acreedor a través de una cooperación necesaria, la cual viene equiparada con la autoría, siempre que se

⁴⁷⁸ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E, en *El nuevo delito de bancarrota*, se plantea la cuestión de cómo los jueces penales podrán determinar si el deudor se encuentra realmente en una situación de insolvencia actual o inminente, ya que dicha cuestión la trataba hasta el momento del juez mercantil encargado de llevar a cabo el concurso. Por ello, unas de las posibles soluciones puede ser la aportación de informes periciales que acrediten de forma fehaciente dicha situación para que los jueces penales tengan la información necesaria a fin de determinar tal circunstancia.

⁴⁷⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento Penal*. Ed. Francis Lefebvre, 2015, p.1290 y ss.

conozca el propósito, el alcance de la transmisión de los bienes, y cuando se preste al deudor de forma directa y eficaz concurso con actos esenciales⁴⁸⁰.

Esta tipificación puede llegar solaparse con otras conductas delictivas, como son la falsedad contable concursal o la estafa concursal. Dicha conducta puede mostrar una relación con la estafa procesal tipificada en el artículo 250.1.2, ya que por medio de la misma se pretende crear un perjuicio a los acreedores que se encuentren en un proceso concursal. Del mismo modo, se puede llegar a vincular con la falsedad contable regulada en los preceptos anteriores, ya que por medio de las maquinaciones y falsedades contables se puede llegar al resultado de beneficiar a un determinado acreedor.

11. La responsabilidad penal de la persona jurídica

La Ley 1/2015 ha traído consigo una gran cantidad de modificaciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin embargo, esta no ha afecta de forma directa a la regulación del artículo 261 relativo a la responsabilidad en los delitos relativos a las insolvencias punibles³¹. No obstante, consideramos interesantes destacar aquellos elementos que pueden afectar a la responsabilidad por la comisión de este tipo de delitos.

En este sentido, es destacable el novedoso artículo 31 quater de la Ley Orgánica 1/2015, por medio del cual se establece un catálogo cerrado de

⁴⁸⁰ *Vid.* SSTs 27 de noviembre de 1987; 20 de mayo de 1983, 16 de diciembre de 1982, entre otras.

circunstancias atenuantes a la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo tanto, no podrán ser objeto de aplicación las circunstancias tipificadas en el artículo 21 del mismo Código Penal (las cuales solamente se podrán aplicar a las personas físicas)⁴⁸¹.

Asimismo, esta nueva Ley también trata la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica por medio del artículo 31 bis.2, por medio del cual permite la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos que se aplique medidas de vigilancia y control para la prevención de los delitos de las insolvencias punibles o para reducir de forma significativa su comisión

El artículo 31.1 bis del Código Penal, establece los supuestos en los que la persona jurídica será responsable por el “delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”. Dicho artículo trata que tal delito debe de haber sido realizado por aquellos sujetos que se encuentran sometidos a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho de derecho. Lo cual, supone una referencia muy amplia, ligando a todos aquellos sujetos que tengan una vinculación con la empresa y se encuentre bajo la dirección y control de los administradores y representantes de esta.

⁴⁸¹ En este sentido, las circunstancias que establece dicho artículo 31 quater son las siguientes: “a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

Debemos entender el concepto de representante legal conforme a la Ley, por lo que atendiendo a los artículos 233 y 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010. Por otro lado, respecto a los administradores de derecho, hay que observar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual determina a estos administradores como *“los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima, los nombrados por la Junta General, o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil”*⁴⁸².

En cuanto al administrador de hecho, supone una figura muy polémica para su determinación, no obstante, el mismo Tribunal Supremo ha tratado de delimitar este sujeto, llegando a considerarlo como *“quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”*⁴⁸³. No obstante, es necesario que la conducta de este sujeto se realice desde unas condiciones de autonomía y de una forma duradera, sin perjuicio de que la acción se realice de una forma coordinada con el mismo administrador de la sociedad⁴⁸⁴.

⁴⁸² *Vid.* STS de 13 de julio de 2010, y 26 de julio de 2006

⁴⁸³ *Vid.* STS de 13 de julio de 2010.

⁴⁸⁴ *Vid.* STS de 25 de junio de 2010

CAPÍTULO IV. EL TIPO SUBJETIVO

I. Antecedentes Legislativos concursales y penales.

Hemos dejado dicho que la regulación de las consecuencias penales de las situaciones de insolvencias fraudulentas es una materia muy pegada a la realidad económica del país y, por tal razón, susceptible de cambios regulatorios constantes. La sanción mercantil prevista en la LC de los llamados “concursos culpables” ha sufrido diversas modificaciones dentro de las más de 28 reformas legislativas de dicha norma, pero de entre las más de 20 reformas del Código penal, este artículo introducido en el Código de 1995 ha sido reformado en 2003 y 2015, sin olvidar que el legislador se ha planteado tanto la destipificación⁴⁸⁵ de la figura como posteriormente propuso ampliar su ámbito de punibilidad⁴⁸⁶.

Se propuso en dos oportunidades, en sendos proyectos de reforma del Código Penal Español⁴⁸⁷, la posibilidad de mejorar la redacción de este tipo penal, dada su escasa aplicabilidad y la compleja, por poco concreta, redacción

⁴⁸⁵ Por ejemplo, la propuesta de modificación del Código Penal que acompañaba el Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 consideraba innecesario recurrir al ordenamiento penal para dirimir las conductas que aglutina el concurso, incluso desde el prisma de la prevención general: «La sanción civil de la inhabilitación temporal y la eventual condena a los administradores y liquidadores de la persona jurídica deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial se consideran instrumentos más eficaces, y también de mayor capacidad disuasoria, que la apertura de un procedimiento penal de incierto resultado». Sin embargo, tras su incorporación en la exposición de motivos de la Ley Concursal, n.º 22/2003, de 9 de julio, esta tendencia destipificadora no ha llegado a cristalizar.

⁴⁸⁶ *Vid.* LO 1/2015.

⁴⁸⁷ Los proyectos de reforma del Código Penal de 2006 y 2013.

del mismo. En esos proyectos, se trajo la redacción del Código Penal Alemán a nuestra legislación⁴⁸⁸, si bien, finalmente la reforma de 2015 ha avanzado en la fijación de los límites y elementos tipificadores del delito de concurso, yendo a sus causas previas, penando la imprudencia en la configuración de ese estado de insolvencia, al ser el hecho promotor de la apertura de un proceso concursal susceptible de ser declarado culpable o fraudulento. Por ello, estamos en presencia de la modificación más sensible de este cuerpo normativo en relación a la insolvencia punible, dando como resultado un delito que puede calificarse como complejo.

El Legislador penal ha querido facilitar una respuesta penal adecuada a las actuaciones contrarias al deber de diligencia realizadas en el contexto de una situación de crisis económica, donde se maximiza la prevención del riesgo del empresario y se eleva, sin duda, el riesgo de condena, con el consiguiente peligro de dejar de lado principios penales clásicos y esenciales de legalidad, culpabilidad, mínima intervención⁴⁸⁹.

La reforma penal de 2015 ha buscado dar mayor precisión a los límites y conductas punibles del tipo, sin dejar de ampliar el catálogo de las que se recogen específicamente en respuesta a la realidad social y de crisis económica de los años anteriores a la reforma, realidad que se manifiesta cambiante, dinámica, y que requiere de una respuesta por parte de nuestra comunidad empírica, lo que hace oportuno el análisis de este tipo y la valoración del tipo subjetivo en la nueva redacción.

⁴⁸⁸ Art. 283 del StGB de Alemania. Esta tendencia se encuentra en sintonía con las directrices marcadas por Europa en cuanto a la persecución de la unificación penal europea, pues el concurso punible podría considerarse parte integrante del catálogo de eurodelitos.

⁴⁸⁹ PRADO SALDARRIAGA, V., “Constitucion, derecho y principios penales”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 43, 1990, p. 267.

Ha quedado claramente establecido que la figura penal que estudiamos no ha tenido un relevancia central en la legislación penal ni en la doctrina debido a la conexidad que tiene con las figuras propias del alzamiento o la administración desleal y, en especial, con la regulación sobre concursos y quiebras⁴⁹⁰. Pero es, en palabras de FEIJOO SANCHEZ, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995 y la posterior aprobación de la Ley concursal 22/2003 que se renuevan profundamente los tipos penales referentes a delitos ocurridos en ocasión de quiebra o concurso y se marca un auténtico punto de inflexión en la materia⁴⁹¹.

En efecto, ya que a partir de la aprobación de la última ley mencionada es que podemos realmente hablar de cambios trascendentales en el aspecto concursal y penal.⁴⁹² QUINTERO OLIVARES consecuentemente se expresó

⁴⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.); MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 7ª, Aranzadi SA, Pamplona, 2008, p. 723 y 724. Antes de 1995 el Derecho español contemplaba tres tipos de delitos relacionados con la quiebra: el alzamiento de bienes, la quiebra y el concurso de acreedores. Eran figuras inoperantes, salvo la primera. Las razones jurídicas de esa inoperancia, salvadas las evidentes contribuciones de una cultura social poco sensible a la importancia de estos problemas, pueden situarse en una serie de defectos estructurales que afectaban a todo el Capítulo. La remisión total al Código Comercio (ley penal en blanco) y la proximidad entre que el alzamiento de bienes y la quiebra por alzamiento de bienes, eran también motivos de inoperancia.

⁴⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Crisis económica y concursos punibles”, *Revista Jurídica LA LEY*, mayo de 2009, pp. 2 y ss. con ulteriores referencias.

⁴⁹² En el dilatado proceso de reforma de la legislación concursal española, el Derecho Penal concursal no puede permanecer impasible ante la consecución de modificaciones que se han ido produciendo en dicha legislación. El Derecho Penal ha de tener en cuenta todas estas decisiones y modificaciones en la legislación concursal española, con las valoraciones y funciones específicas propias del orden penal; respetando que las mismas han de guardar en todo momento coherencia con las de la LC y no resultar disfuncionales.

sobre la temática⁴⁹³ mencionando que, en nuestra doctrina, es claramente evidente, en el delito concursal fraudulento, por ejemplo, que la idea de contar solamente con las normas penales, o concursales, prescindiendo de los demás recursos y fuentes de carácter extrapenal o extraconcursal resultaría disfuncional, en especial si se presta atención a la idea de integración que posee el derecho, y que no puede ser soslayado⁴⁹⁴. Lo mencionado, no quiere decir que nos encontramos tras la reforma en presencia de una norma penal en blanco, o que el derecho penal no goce de autonomía respecto a las demás ramas del derecho, sino que al ser dos naturalezas distintas las que configuran el tipo delictivo, es necesaria una mirada palmaria y completa del ordenamiento jurídico integralmente considerado, puesto que todo el derecho se relaciona de manera armónica, o al menos debe hacerlo⁴⁹⁵.

En la exposición de motivos de la Ley 22/2003 modificatoria de la Ley Concursal, se expresa que “la Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema”⁴⁹⁶. Con ello, queremos traer a colación que para la

⁴⁹³ QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios al nuevo Código Penal, 3ª ed., Navarra, 2004, pp. 713 y ss.

⁴⁹⁴ De hecho, es manifiestamente relevante tener en consideración esta interdependencia cuando se trata de la intervención del Derecho Penal concursal frente a los responsables de una situación de crisis económica o insolvencia en una gran empresa.

⁴⁹⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, 2001, pp. 23 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., en MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ (Coord.), Homenaje a Hernández Gil, A, Autonomía y dependencia del Derecho, vol. 3, Madrid, 2001, pp. 3219-3226.

⁴⁹⁶ Véase Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164.

explicación de los delitos que se integran con el derecho penal, requieren de un presupuesto objetivo claro, como es, en este caso, el de la insolvencia. Dicho presupuesto objetivo, que se encuentra expresado tanto en la Exposición de Motivos de la LC en el art. 2 de dicha ley, hace necesario que la declaración de concurso se produzca en el caso de insolvencia del deudor común para, con ello, dar inicio al proceso concursal de índole universal. Aunque es conocido que con carácter previo a la existencia de la Ley Concursal 22/2003, la regulación del concurso de acreedores se encontraba algo diseminada tanto en el Código de Comercio de 1829 y 1885, como en la Ley de Suspensión de Pagos del año 1922 y en otras leyes de carácter complementario a las anteriores. Hoy por hoy dichos cuerpos normativos se han unificado en uno sólo, que se encarga de la regulación de los aspectos tanto de fondo como de forma.

Para iniciar el camino de la evolución histórica del tratamiento del concepto de insolvencia del deudor, debemos partir de la Baja Edad Media⁴⁹⁷, donde tiene inicio preciso tal idea y el comienzo de los procedimientos atinentes a su tratamiento. Si bien el derecho concursal tiene su origen concreto en el Derecho Romano, el cual “conoció a lo largo de sus casi trece siglos de historia, diversos procedimientos para dar la posibilidad a una pluralidad de acreedores de obrar sobre un patrimonio, generalmente insuficiente, conforme al principio de la *par conditio creditorum*; en concreto, la venta de bienes en pública subasta (*bonorum venditio*), la cesión de bienes (*cesio bonorum*) y la *distractio bonorum*”⁴⁹⁸, lo cierto es que el puntapié inicial del tratamiento de la

⁴⁹⁷ ROJO, A.; BELTRÁN, E., en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.)./APARICIO, M.L. (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Madrid, 2012, pp. 403 y ss.

⁴⁹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., en ARIZA COLMENAREJO, M. J. /GALÁN GONZÁLEZ, C. (Coord.), *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Vol. 2, Reus, Madrid, 2010, pp. 115 y ss.

insolvencia va a ser en el derecho estatutario italiano⁴⁹⁹, ubicado, como ya se dijo con anterioridad, en la Baja Edad Media⁵⁰⁰.

A la Península Ibérica llegó procedente de Italia dicha regulación. Primero accede a nuestro país por medio de los territorios del Reino de Aragón, para luego abrirse paso por toda España. Ya en Cataluña, en aquel momento existía una Ley de las Cortes de 1299, la cual hacía referencia a banqueros y comerciantes, y se refería a la cuestión de la quiebra o bancarrota (que demostraban la idea de insolvencia). Posteriormente, en el siglo XVIII, las menciones legales sobre la materia son más abundantes en los distintos textos, y en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 el instituto de la quiebra o bancarrota toma fuerza, siendo finalmente una normativa de aplicación no solo nacional, sino que su vigencia cruzará el Atlántico con oportunidad de la época colonial americana⁵⁰¹. Aun así, el presupuesto objetivo que significaba el hecho de la quiebra recibió notables críticas y se erigió en uno de los conceptos más debatidos de aquella época. Ante ello, algunas interpretaciones resultaron útiles para la configuración a futuro de un procedimiento de bancarrota más útil. Entre ellas, esta la tesis de la insolvencia, donde el presupuesto objetivo se

⁴⁹⁹ En ese momento aparece regulado un procedimiento conocido como quiebra o bancarrota concebido para regular las relaciones de los mercaderes y, especialmente, de los banqueros. Dicho procedimiento acarreaba gravísimas consecuencias para el deudor (encarcelación, incapacitación e incluso se le podía privar de todo tipo de derechos). Este procedimiento llegó a nosotros a través de las ordenanzas francesas, se difundió por toda Europa y aparecieron los consulados de comercio que eran gremios de comerciantes que establecían sus propias normas y tenían sus propios tribunales.

⁵⁰⁰ ROJO, A./BELTRÁN, E., cit. p. 406.

⁵⁰¹ De hecho, el ovetense Juan de Hevia Bolaños, en el Laberinto del Comercio terrestre y marítimo, de 1613, ofrecía ya una exposición sistemática de este procedimiento concursal.

refería obviamente a la insolvencia del deudor común como expresión necesaria y básica de la figura, dado que el patrimonio del mismo, resultaba insuficiente para el pago de los débitos que detentaban sus acreedores y que se encontraban ya vencidas. Por ello, la insolvencia no significaba en sí la ausencia o carencia de bienes en poder del deudor, acotando así su significado. La otra postura existente, en cambio, entendía la bancarrota como una especie de “sobreseimiento” de deudas, ya que entendía en la figura de la quiebra, un procedimiento que contaba con un estado de cesación de pagos inmodificable, que atentaba contra esas acreencias que tenían los demás sobre la persona del deudor común. Ese sobreseimiento que se conceptualiza como tal, se originaba por esa impotencia del patrimonio que poseía el deudor para hacer frente a sus deudas comunes, dado que el pasivo del mismo, superaba con creces el activo. Esta discusión no ha sido pacífica y ha tenido reflejo en la legislación donde, por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley Concursal del año 1959 se siguió la tesis de la insolvencia en los trabajos parlamentarios, sin que la reforma en esa línea fuese finalmente aprobada debido a los conflictos doctrinales y de opinión surgidos⁵⁰².

En 1983, en el Anteproyecto de Ley Concursal, su art. 9 abogaba por la expresión “situación de crisis económica”, que definió como “un estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de los créditos” y que debía exteriorizarse por medio de la existencia de algún “hecho revelador” en expresión propia de dicho proyecto.

⁵⁰² FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, Estudios penales y criminológicos XXIV, Santiago de Compostela, 2003, pp. 118 y ss.

Ya con el Anteproyecto de Ley Concursal del año 1995 se vuelve a la idea de insolvencia del deudor común, brindando elementos un tanto más objetivos y de mayor recepción en la doctrina y opinión especializada, sirviendo así como base para el Anteproyecto del año 2000. Así, la definición legal del “estado de insolvencia” se configura en 2003 diciendo que se encuentra en dicho estado aquel deudor que ha caído en una situación objetiva tal que no puede hacer frente con la totalidad de su patrimonio a sus deudas contraídas, vencidas y exigidas. La realidad de la aplicación de estos delitos venía poniendo de manifiesto la insuficiencia de su regulación, impidiendo la persecución eficaz de aquellas conductas de vaciamiento patrimonial ilícito llevadas a cabo por los deudores en situación de aparente solvencia antes de declararse en concurso, o por los deudores que causaban ésta con su actuación.

La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia, dice la Exposición de Motivos, “conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido”⁵⁰³.

En el ámbito de la conducta típica, merecen destacarse de nuevo algunas de las sustanciales diferencias operadas por la Ley Orgánica 1/2015 con respecto a la legislación anterior, pues la nueva redacción del delito concursal punible no supera las críticas sobre falta de concreción y vaguedad del tipo,

⁵⁰³ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 .

sino antes al contrario, suscita mayor imprecisión e indefinición. Conforme con la reforma, el apartado primero del nuevo artículo 259 CP castiga al deudor que se encuentra en una situación de insolvencia actual o inminente y realiza una serie de conductas contrarias a la “gestión ordenada en la gestión de asuntos económicos”.

Así, el art. 259 contempla ahora conductas realizadas por el autor, en una situación de insolvencia actual o inminente⁵⁰⁴, tales como: ocultar, destruir, causar daños o realizar cualquier otra actuación no ajustada al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos; realizar determinados actos de disposición; realizar operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su costa de adquisición o producción; simular créditos de terceros o reconocimiento de créditos ficticios; participar en negocios especulativos; incumplir el deber legal de llevar contabilidad o llevar doble contabilidad; etc.

“El nuevo delito de concurso punible o bancarrota – añade la Exposición de Motivos – se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor”.

En el año 2013, se plantea en la reforma del Código Penal⁵⁰⁵, la modificación con un objetivo modernizador, para avanzar en la fijación de los

⁵⁰⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1994, pag 79.

⁵⁰⁵ El 20 de septiembre de 2013 fue aprobado por el Consejo de Ministros, para su remisión a las Cortes, el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

supuestos de hecho y en la taxatividad de la descripción de los elementos del delito, haciéndolos metodológicamente funcionales. El proyecto conllevaba la modificación del (ahora ex) art. 260 del CP, cuya última reforma databa del año 2003.

El apartado segundo tipifica la conducta de causar –de manera dolosa– la situación de insolvencia, con la previa realización de acciones constitutivas de insolvencia, coincidiendo sustancialmente con la conducta descrita en el anterior artículo 260 CP. En la propuesta de anteproyecto, el art. 259.2 agravaba la pena, pudiendo llegar a los seis años de prisión, cuando el autor, mediante las conductas previstas en el apartado primero, causa su situación de insolvencia, siempre que se cumplan alguna de las dos condiciones objetivas de perseguibilidad recogidas en el apartado cuarto del artículo para el caso de que “el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”⁵⁰⁶.

Conforme con ello, el apartado primero tipifica el nuevo tipo básico de insolvencia punible, complementado con el apartado segundo que mantiene la esencia del antiguo delito concursal⁵⁰⁷, aunque limitado a la causación –dolosa– de la situación de insolvencia. Como presupuesto del delito se exige que el autor se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente (apartado 1) y realice una serie de conductas dirigidas (dolosamente) a perjudicar a sus acreedores y contrarias a la “gestión ordenada en los asuntos económicos”, bien perjudicando el propio patrimonio del deudor, bien

⁵⁰⁶ Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal

⁵⁰⁷ ROCA AGAPITO, L., “Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)”, Anuario de derecho concursal, 2010, pp. 89-97.

dificultando la información del acreedor sobre la situación patrimonial de la empresa⁵⁰⁸, o realizando conductas que supongan una infracción grave de los deberes de diligencia.

En el segundo epígrafe del art 259 del Código Penal se castiga al deudor que causa su insolvencia, de manera deliberada y mediante alguno de los hechos reveladores de quiebra que ya se enumeraron, lo que engarza con el epígrafe número 4 del mismo artículo, que requiere como condición necesaria para la perseguibilidad del autor, que el mismo haya sido declarado en concurso con carácter previo ya que este delito de resultado, requiere el auto que admite a trámite la solicitud de concurso del deudor ante juez competente previo a la categorización de concurso fraudulento.

Este tipo delictivo, se verá agravado mediante el mecanismo del art. 259 bis, determinando el aumento de las escalas penales en atención al número de acreedores damnificados por la acción típica, pues se contempla la agravación para la hipótesis en la que la mayor parte del crédito defraudado corresponda a deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, además de otras agravaciones para los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad valorados por el número de personas afectadas o por el montante de lo defraudado (art. 259 bis). Y, finalmente, se amplía la protección de acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la

⁵⁰⁸ MORENO VERDEJO, J., “El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales”, Vol. II, *Diario Expansión*, Madrid, 1996, pp. 127/134.

declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente (art. 261)⁵⁰⁹.

En síntesis, el nuevo injusto típico no consigue una delimitación más precisa, a nuestro modo de ver, entre el ilícito penal contemplado en el artículo 259 CP y los ilícitos civiles previstos en la Ley Concursal mercantil (*vid.* L.C., arts. 164.2.1º y 2º) para declarar como culpable el concurso de la sociedad⁵¹⁰. A su vez, sí se avanza en la configuración de los elementos subjetivos determinante de estas conductas⁵¹¹.

El tercer apartado del art. 259⁵¹² se refiere a la comisión imprudente del delito. Mediante una interpretación a sensu contrario podría entenderse que los delitos específicamente enumerados en el resto del articulado han de ser considerados dolosos. La modalidad imprudente en este tipo delictivo que se refiere a la actividad empresarial, ya de por sí riesgosa y difícil, exigirá

⁵⁰⁹ MORENO VERDEJO, J.; “El tratamiento de las Insolvencias en el nuevo Código Penal”. Ed. Recoletos Cía. Editorial, S.A.; (Expansión), 1996. Universidad Internacional de Andalucía, 2013, pp. 101 y ss.

⁵¹⁰ Se ha dicho que la reforma del CP en 2015 supuso más derecho penal con la ampliación de la tipificación (anticipando la intervención del derecho penal, alargándola hasta un momento postdelictual y determinando supuestos nuevos de organización criminal), más intenso en las penas propuestas y más reglamentista, detallando conductas y tipos hasta el detalle, pero que no consigue otorgar mayor seguridad al tipo, sino que parece recordar a la regulación administrativizada y refleja una especie de desconfianza en la interpretación judicial que pudiera hacerse de los tipos. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, “Una ‘nueva’ reforma del Código penal”, Actualidad Jurídica Thomson Reuters, 2015, pp. 3 y ss.

⁵¹¹ Así en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal elaborado por el CGPJ.

⁵¹² “*Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.*”

delimitar cuáles son las conductas propias de la naturaleza empresarial y la adecuada asunción de riesgos, para evitar asumir dentro de la categoría de delito típico imprudente conductas cuya peligrosidad es la propia del giro normal de mercado.

El apartado cuarto del artículo 259 CP⁵¹³ establece un requisito de perseguibilidad, igual y distinto del de la redacción del anterior artículo 260, pues aunque sigue considerando requisito de perseguibilidad la declaración de concurso previa, tras la reforma de 2105 sitúa temporalmente la condición de perseguibilidad incluso antes de la declaración de concurso (“cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”) y sin necesidad de declaración judicial de concurso⁵¹⁴, en línea con la idea del legislador de adelantar las barreras de protección penal ya citadas.)

La declaración de concurso necesaria para la aplicación del precepto penal, no forma parte del tipo objetivo, sino que constituye una condición objetiva de perseguibilidad, y consecuentemente, no requiere haber sido alcanzada por el dolo del autor en el momento de realizar la acción típica⁵¹⁵. En la redacción anterior del artículo, se colocaba un claro límite a la apreciación y persecución de delitos anteriores a la declaración de quiebra. Es decir que no

⁵¹³ “Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”.

⁵¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010, p. 79 y ss.

⁵¹⁵ STS Sala 2ª, DE 12/02/1997.- Casa y revoca una Sentencia de la Audiencia Provincial, en los siguientes términos: “La Audiencia al excluir el dolo, sin embargo, ha razonado considerando implícitamente, que la declaración de quiebra y de las circunstancias mercantiles que la generaron son un elemento del tipo penal y por ello, ha atribuido importancia al hecho que cuando se realizaron las acciones de detrimento injustificado del activo social nada hacía presagiar la bancarrota en la que finalmente se caería”.

podía pensarse previamente la existencia de un proceso fraudulento de insolvencia, por ejemplo, que fuera tipificado realmente por el Código. Es entonces que el Proyecto de reforma propuso una calificación de tal situación, previa a la existencia de concurso⁵¹⁶, pues el “preconcurso” permite concebir una idea de conservación de la actividad del deudor, si bien no una garantía de una actividad lícita y atípica, pues dicho periodo puede ser empleado con fines espurios en perjuicio de los acreedores del deudor común y en contradicción relativa con el objetivo marcado por las directrices europeas en materia mercantil⁵¹⁷, centradas en la obtención de una pronta solicitud voluntaria de concurso, que animan a la inclusión de mecanismos que permitan la pronta solicitud de concurso previo voluntario.

El art. 259 se encarga de castigar al deudor que se encuentra en insolvencia, y antes de existir una declaración de concurso, lleva adelante alguno de los hechos enumerados en sus apartados 1 y 2, sin que se puedan justificar dichos actos ni siquiera por razón del preconcurso declarado en el ámbito mercantil. Entonces, con la consumación de alguno de los “hechos reveladores” que se enumeran, se estaría en presencia de un tipo delictivo previo al de concurso punible y, tal vez con probabilidad, causa o agravación de éste cuando “se cree el peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas”, un indicio más de que el bien jurídico protegido son los derechos individuales de los acreedores de cobrar su deuda contra el patrimonio económico del deudor.

⁵¹⁶ La reforma de 2013 de la Ley Concursal, con la introducción del art. 5 bis⁵¹⁶, permite que el deudor retrase la declaración de concurso, si previamente ha iniciado negociaciones con los acreedores a los fines de llegar a un acuerdo sobre las quitas y esperas en relación al pago de sus deudas

⁵¹⁷ ROJO, A., “Insolvencia”, en BELTRÁN, E. /GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dir.), Enciclopedia de Derecho concursal, Tomo II, Navarra, 2012, pp. 213 y ss.

En su nueva redacción los arts. 259 y 259 bis ofrecen taxativamente tanto un listado de hechos que han de considerarse como de insolvencia punible que se podrían sistematizar en dos grupos. En primer lugar, se tipifican conductas que determinan la disminución efectiva del patrimonio del deudor (C.P., art. 259.1.1º 2º, 3º y 4º) o que supongan un riesgo de pérdidas económicas injustificadas (C.P., art. 259.1.5º). En segundo término, se castigan las acciones que supongan una infracción de los deberes legales contables, obstaculizando el concurso futuro, bien por haber infringido los deberes contables, bien por ocultar o destruir documentación relativa a la situación económica real del deudor⁵¹⁸. Finalmente, se tipifica una “cláusula de cierre”, donde se contemplan acciones que suponen la infracción del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos⁵¹⁹ exponiendo que quien “realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”, liquidando con esta generalidad la intención de taxatividad exhibida en los anteriores apartados del artículo y pudiendo ser considerado autor de esta modalidad cualquier deudor que haya incurrido en una grave infracción del deber de diligencia que, al tiempo, cause una disminución real o ficticia del patrimonio sujeto al pago de deudas.

⁵¹⁸ C.P., art. 259.1.6º, 7º y 8º.

⁵¹⁹ C.P., art. 259.1.9º.

II. Delito imprudente.

Tanto la conducta dolosa como la imprudente⁵²⁰ o culposa operan como elemento subjetivo del delito⁵²¹. La tipificación de la imprudencia representa una destacada novedad con respecto a la regulación anterior a la reforma de 2015, puesto que el antiguo delito concursal, introducido en el CP de 1995, solo castigaba la conducta dolosa⁵²². La acción (u omisión) será dolosa, obviamente, cuando el deudor dirija su conducta a la consecución de su estado de insolvencia, y que dicha situación genere un perjuicio patrimonial en el acreedor o acreedores. Ante esta situación, claramente, estaríamos en presencia de un dolo de carácter directo, pero en el 3º epígrafe del artículo, se menciona que “cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses”. Desde la reforma de 2015 no hay duda acerca de que este delito puede

⁵²⁰ Este concepto necesariamente debe poseer una acción, un actuar positivo, no una omisión, una comisión; una actuación material en el mundo de lo fáctico que se realiza de manera temeraria. Todo individuo está obligado a poseer una conducta tendente a observar los reglamentos y las medidas mínimas de seguridad, en todas las circunstancias de la vida. Esas condiciones mínimas, bajo las cuales resulta compatible la conducta realizada, deben dirigirse a los cuidados y diligencias necesarias en tal sentido y a emplearse los medios necesarios en tal medida, para contrarrestar cualquier resultado perdedor para los individuos que puedan verse entrometidos en una conducta delictual, como víctimas, claramente. La conducta que resulte contraria a este obrar y deber mínimo de cuidado resultaría, entonces, imprudente.

⁵²¹ MORENO VERDEJO, J.; “El tratamiento de las Insolvencias en el nuevo Código Penal”. Ed. Releto Cía. Editorial, S.A.; (Expansión), 1996. Universidad Internacional de Andalucía, 2013, pp. 123 y ss.

⁵²² MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 217.

ser consumando mediante el elemento volitivo de la imprudencia, que puede ser tanto grave como simple.⁵²³

La imprudencia que resulta punible debe observar tres elementos para su existencia, los cuales son: una acción (u omisión) de carácter voluntaria, no tendente a la maliciosidad (sino podría ser considerada dolosa), un mal producido y concreto y una necesaria relación de causalidad entre la acción y el resultado: “la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida. Una administración inadecuada al fin económico, que se califica (...) de arriesgada gestión es insuficiente para configurar el tipo delictivo”⁵²⁴.

Como decimos, el nuevo código no solo plantea los delitos desde la esfera del dolo⁵²⁵, sino que la imprudencia, también juega un papel, puede incluso afirmarse que es una de las más importantes novedades en la materia, puesto que raramente el CP ha contemplado la imprudencia en el contexto de

⁵²³ La creación de tipos imprudentes se ha circunscrito tradicionalmente, en toda lógica, a los delitos de resultado. Ante la producción de un resultado típico, consistente en la lesión de un bien jurídico merecedor de especial protección, el legislador penal establece un castigo también cuando la conducta no está bañada por la intencionalidad, bastando con que haya contravenido la diligencia debida. Así ocurre, por ejemplo, con el homicidio, las lesiones y el aborto.

⁵²⁴ STS 452/2002 de 15 de marzo.

⁵²⁵ La introducción de la modalidad imprudente en el artículo 259 resulta llamativa, pues no había sido objeto de debate jurídico, pero más sorprendentes resultan todavía los términos de su introducción. El legislador finalmente ha optado por no requerir de forma expresa que la conducta imprudente deba superar un determinado umbral de gravedad para resultar típicamente relevante, bastando con que los hechos se cometan imprudentemente.

los delitos económicos⁵²⁶ y porque el delito insolvencia punible era abarcado tanto por la regulación mercantil concursal (presupuestos de culpabilidad del concurso en la Ley Concursal), como por otras conductas típicas (alzamiento y administración desleal especialmente) y no tanto por el tipo específico del antiguo 260 CP, siendo así que también se consideró por el legislador lo referente a otras acciones o conductas potencialmente dañinas previas al propio concurso que por razón del principio de subsidiariedad penal no se definieron típicamente, pues no configuraban un actuar delictivo que requiriese de una regulación efectiva que movilizase el *ius puniendi* estatal, ya sea por la valoración de la conducta en sí, por el riesgo que se crea, o por el bien jurídico que se ve afectado⁵²⁷.

La actividad económica, mercantil y empresarial va de la mano necesariamente con la cuestión del riesgo en los negocios, por ello la tipificación de este tipo de delitos puede llegar a vulnerar el principio de libertad de empresa⁵²⁸, pues como ya hemos explicado, la mejor protección civil del crédito puede ser la forma adecuada de proteger a los acreedores a fin de evitar una excesiva expansión del derecho penal. Así, la criminalización de

⁵²⁶ Con la salvedad hecha de los delitos de blanqueo de capitales y los delitos contra la Hacienda Pública de la Unión Europea BACIGALUPO SAGGESE, S., “La reforma de los delitos de insolvencias punibles en el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 18, 2013, p. 3.

⁵²⁷ RIVERA, J.C., *Instituciones de Derecho Concursal*. Rubinzal Culzoni. 2º ed. 2003 t. I., Rosario, Argentina, pp. 34 y ss.

⁵²⁸ CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, Iustel, Madrid, 2008, p. 389 Aceptar la relevancia típica del dolo eventual no significa abrirle la puerta a una intervención penal ilimitada, pues la teoría del riesgo permitido y sus elaboraciones en el ámbito mercantil han posibilitado la creación de la idea del riesgo empresarial, que resulta eficaz a la hora de demarcar los contornos de la imputación subjetiva.

la realización imprudente de operaciones económicas que afectan al patrimonio de una sola persona, además de implicar una hiperprotección del acreedor, puede llegar a desincentivar la actividad mercantil, favoreciendo una gestión conservadora de la empresa. Si bien es cierto que las reformas de la legislación penal del siglo XXI han modificado enormemente los delitos de índole económica para proteger mejor al acreedor damnificado por una actividad desleal de su deudor, con lo que de manera implícita –aunque muy explícita– se desprecia la respuesta civil⁵²⁹ frente a la más “visual” (simbólica) respuesta penal y se limita así la asunción de riesgos⁵³⁰.

Toda vez que la actividad económica empresarial es de por sí una actividad de riesgo, la introducción del elemento “imprudencia” en el plano de las actividades riesgosas propias del comercio y actividad económica resulta de muy difícil valoración, no sólo porque haya que establecer las fronteras del dolo eventual e imprudencia⁵³¹, sino también porque el riesgo inherente a ellas

⁵²⁹ QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.); MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios a...*, cit., p. 726 Por último, la preferencia de la jurisdicción civil para conocer del hecho concursal en todas sus dimensiones daba lugar a que los delitos adicionales o mediales que hubiera podido cometer el deudor (falsedades, estafas, apropiaciones indebidas) (...), se confundían en el proceso civil, no podían ser perseguidos por separado, y a la postre (...) disfrutaban de una incomprensible e injustificado beneficio de impunidad... .

⁵³⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL, M.; *Cuadernos de Política Criminal* Número 106, I, Época II, abril 2012, pp. 251-260.

⁵³¹ Si bien el artículo 259 CP no gradúa la imprudencia típicamente relevante, una lectura del CP conforme con los postulados doctrinales más asentados implicaría la exigencia tácita de culpa grave, pues en principio solo esta puede dar lugar a la comisión de un delito. Ello es coherente, al tiempo, con la orientación dada por el legislador penal a las faltas de lesiones imprudentes bañadas de imprudencia leve.

Al contrario de lo que sucede en los delitos concursales, el tipo de homicidio y de lesiones del CP

ha de ser factor de moderación en la aplicación del tipo y no un elemento gravoso. Así parecía recogerse en la legislación mercantil cuando se diferenciaba la quiebra culposa –sin ánimo de perjudicar a los acreedores– de la fraudulenta en la que sí existía este ánimo.

La principal línea de crítica al legislador por la introducción de imprudencia en este tipo delictivo se refiere a la incertidumbre que pesa sobre su necesidad, pues la jurisdicción civil-mercantil⁵³² ya contempla medidas contundentes contra las actuaciones imprudentes de los administradores que provocan la declaración de concurso. También parece que, al no distinguir entre la imprudencia grave y la leve, cualquiera de ellas podría cumplir con los requisitos del tipo y fundamentar una condena, lo que implica una extraordinaria ampliación del ámbito de aplicación del delito de concurso. El legislador sólo expresa en dicho artículo 259 que existirá el delito y se penará con prisión de 6 meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses

(i) requiere que el resultado típico sea causado por imprudencia grave, y

(ii) establece criterios de valoración de la gravedad de la imprudencia, que gravitan alrededor de la entidad del riesgo creado en el contexto en el que se desarrolló la conducta activa.

Con ello, no todo resultado imprudente debe ser relevante a los efectos del Código Penal, y éste establece los mecanismos necesarios para distinguir las conductas imprudentes típicas de las impunes.

⁵³² QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.); MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios a...*, cit., p. 725 Para muchos la clave de la reconocida inoperancia tradicional de los delitos de quiebra fue la prejudicialidad civil, que desarrollaba sus efectos en dos órdenes de consecuencias: el procedimiento civil de quiebra o concurso era necesariamente precedente a la intervención penal, la cual, por su parte, solamente era posible si el Juez civil calificaba la quiebra o concurso como delictivos, si bien eso no significaba que el Juez penal tuviera que imponer una condena. Los delitos de insolvencia fraudulenta (salvo el alzamiento de bienes) no podían ser perseguidos nunca directamente por el acreedor que se sintiera burlado.

“cuando los hechos se hubieren cometido por imprudencia”, por lo que deberíamos entender, entonces, que no importaría a los fines del tipo penal, la característica de la imprudencia (leve o grave), lo que significa una extensión del ámbito de aplicación de la figura penal que resultaría un poco abusiva⁵³³, con afectación de los principios de legalidad, razonabilidad, ultima ratio y proporcionalidad penal.

El artículo 259 plantea problemas de proporcionalidad, pues hace difícilmente deslindables las conductas dolosas eventuales, imprudentes e impunes, lo que maximiza el riesgo de proceso y asegura la creación de un debate interpretativo intenso. Aunque en una interpretación sistemática de la LO 1/2015 hemos de concluir que se exige una imprudencia grave, toda vez que se han suprimido las faltas del Código Penal y se exige la imprudencia grave para los nuevos delitos de homicidio y lesiones imprudentes, pues de lo contrario quedarán para la jurisdicción civil, ello se presenta como un problema en la actual redacción, y expone a la reforma y al tipo penal imprudente a múltiples críticas y futuras nuevas interpretaciones jurisprudenciales⁵³⁴.

Una más de las grandes críticas al delito de insolvencia punible es la inseguridad jurídica que produce debido a su redacción abierta y la falta de precisión sobre el tipo objetivo, pero con la reforma se ha hecho un esfuerzo

⁵³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito societario de administración fraudulenta, estudios penales y criminológicos XXIV, 1994, pp. 88-96.

⁵³⁴ La adecuación del tipo penal a través de la inclusión de parámetros de determinación de la imprudencia —grave— típicamente relevante en los delitos concursales punibles sería muy beneficiosa para la seguridad jurídica. Otra cosa supone que el análisis de racionalidad, negligencia o dolo de la actuación del deudor será realizado por el juez penal situándose en la posición que tenía el deudor en el momento de actuar, lo que supone también disponer de la misma información de que este disponía y conocer las opciones reales que se encontraban a su alcance. Solo así se escapará al riesgo de juzgar la acción por el resultado.

taxativo señalando las conductas concretas por las cuales puede realizarse el delito tipo. Pero dichas conductas están muy cercanas a los incumplimientos meramente mercantiles, por lo que en realidad se acaba fiscalizando por la jurisdicción penal (como ya sucediera en el delito de administración desleal) el deber de diligencia del empresario, sin que concurra el principio de proporcionalidad e ignorando el principio de ultima ratio del derecho penal⁵³⁵.

Bajo el apartado tercero del artículo pueden englobarse aquellos casos en que el sujeto tiene un deber de cuidado que le exige conocer, prever o impedir la insolvencia, pero en la mente del legislador ha estado la justificación histórica de la sanción del “excesivo optimismo” de ciertos empresarios que aceptaban en una euforia no medida ciertas conductas en la infundada esperanza de recuperar la situación de solvencia de la empresa; dicha idea no es válida para las grandes y medianas empresas que adoptan sus decisiones apoyadas en datos y en el criterio de técnicos, además de estar sometidas en muchos casos a controles de auditoría ajenas a la propia sociedad, por tanto, dicha idea no es válida para justificar la sanción de la modalidad imprudente del tipo⁵³⁶.

La nueva tipificación de la modalidad imprudente no resulta satisfactoria, pues como señalada acertadamente BACIGALUPO ZAPATER, el artículo 259.3 CP tipifica una especie de “cláusula general de imprudencia” que se aplica no sólo a todos los tipos de conductas descritas, sino a cualquier otra que pudiera darse, por lo que no se entiende porque alude el legislador

⁵³⁵ VIVES ANTÓN, T. S.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Los delitos de alzamiento de bienes, Valencia, 1998, pp. 202 y ss.

⁵³⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible: ¿una solución penal a un problema mercantil?* : (análisis del artículo 260 CP), Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 260.

expresamente a la infracción del deber de diligencia y se exige que éste sea grave⁵³⁷. Con el fin de limitar esta llamativa extensión SÁNCHEZ DAFAUCE ha considerado adecuado aplicarlo a los casos en que la conducta presuponga una causación o agravación de la insolvencia⁵³⁸.

III. Especial elemento subjetivo del injusto

Se ha discutido acerca de si es o no necesario o exigible un “ánimo de perjudicar a los acreedores” como un elemento subjetivo distinto del dolo, lo que podía suponer categorizar este delito como de “tendencia interna”, y así lo expresaba QUINTERO OLIVARES exigiendo la presencia del citado elemento, excluyendo, en consonancia con tal postura, la posibilidad de apreciar dolo eventual⁵³⁹, en el sentido de exigir que la causación o agravación de la insolvencia fuesen fruto del dolo del autor. Este elemento se puede considerar el más diferenciador del delito de insolvencia punible con respecto a la prisión por deudas⁵⁴⁰.

⁵³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013”, *Diario La Ley*, 8303, 2014, p. 6.

⁵³⁸ SÁNCHEZ DAFAUCE, M., en F. J. Á. GARCÍA; J. D. GÓMEZ-ALLER, *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 755 y ss.

⁵³⁹ QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.); MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios a...*, cit., p. 724.

⁵⁴⁰ Así STS 20 de noviembre de 2000.

Existía un grupo de autores⁵⁴¹ que apoyados en el tenor literal del antiguo artículo 260 CP exigían un dolo reforzado que excluía la posibilidad de considerar el dolo eventual o la imprudencia como configuradores del elemento subjetivo del tipo, lo cual tuvo su refuerzo en algunas de las sentencias que ya hemos citado y también en la STS 452/2002, cuyo fundamento de derecho sexto decía “desde una perspectiva respetuosa en el tipo subjetivo las mismas premisas que informan el tipo objetivo del delito, solo cabe admitir los casos de dolo directo, pues sólo estos son los que exteriorizan una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores. Es claro que quien actúa con el propósito de incrementar su patrimonio mediante el desarrollo de su empresa, no tiene el propósito de perjudicar a sus acreedores y por lo tanto no ha obrado con el dolo directo...”.

BAJO FERNÁNDEZ entendía también que en la anterior redacción (art. 260 CP de 1995) se exigía el ánimo de perjudicar a los acreedores, aunque dicha intención sólo apareciese recogida en el artículo 890 del Código de Comercio⁵⁴². Esta postura coincide, como acabamos de señalar, con parte de nuestra jurisprudencia anterior a la reforma de 2015, que ha exigido probar suficientemente esa intención, sin que bastase deducirla de las presunciones legales, que sí podían servir como indicio⁵⁴³.

⁵⁴¹ Por todos, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, 2004, pp. 1153-1174, Marcial Pons, 2004, p. 1156.

⁵⁴² BAJO FERNÁNDEZ, M., “Manual de derecho penal. Parte especial, delitos patrimoniales y económicos”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 196 y ss.

⁵⁴³ STS de 6 de junio de 2006 en su FJ QUINTO: “... exige que la insolvencia o su agravación hayan sido causadas dolosamente por el autor; este elemento subjetivo del tipo penal es precisamente el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas”

No faltan autores ni jurisprudencia en el sentido contrario de entender que tal requisito no es exigible y que basta la apreciación del dolo en la realización de la conducta para castigarla⁵⁴⁴. Esto es, basta que el autor desee causar la situación de insolvencia mediante determinadas conductas de bancarrota e infringiendo los deberes de una ordenada gestión, en la idea de que el elemento del perjuicio a los acreedores quedaría absorbida en el dolo típico⁵⁴⁵, si bien podrá ser considerado como un elemento de graduación de la pena tal y como recoge el artículo 259 bis, recogiendo con más detalle lo que ya se hacía constar en el apartado segundo del anterior artículo 260 CP. Para la mejor protección del patrimonio del o los acreedores, y la consideración del alcance del daño para graduar la pena⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Es suficiente la voluntariedad de la conducta causante de la insolvencia, pues nadie quiere intencionadamente su propia ruina A. OCAÑA RODRÍGUEZ, *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal: aspectos penales y civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 83 y ss.; C. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 119; A. NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 180.

⁵⁴⁵ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 118.

⁵⁴⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 220 y ss. En la legislación concursal ya se ha afrontado la reforma de la calificación del concurso en diversas ocasiones. Si acudimos, por ejemplo, al Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre de 2014, de medidas urgentes en materia concursal, que modifica la Ley Concursal en materia de convenio, liquidación y calificación, observamos que en la nueva redacción del art. 167 se clarifican las dudas existentes sobre el tratamiento en la Sección de Calificación en torno al término “clase”, respecto a propuestas de convenio no gravosas, de manera que la formación de la sección sexta se ordenará para depurar las responsabilidades derivadas de la situación de insolvencia en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación, salvo que se apruebe un convenio en el

IV. El dolo en la insolvencia punible del artículo 259 CP.

La redacción anterior a la reforma de 2015 sólo contemplaba la modalidad dolosa⁵⁴⁷ sancionando el “causar o agravar dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia”.

La tradicional discusión relativa al contenido del dolo y si es el conocimiento o la voluntad su elemento característico, lleva a considerar en concreto el problema de los límites entre el dolo eventual y la imprudencia consciente⁵⁴⁸. Culpa y dolo han sido tratados por las diferentes teorías del derecho entre las cuales destacamos, por ejemplo, la del Causalismo clásico, el que se integra de vertientes que pueden ser naturalistas o valorativas. Bajo el orden de pensamiento de estas corrientes, la estructura del delito se integra con un elemento volitivo que puede ser de naturaleza culposa o dolosa. Según el Causalismo, los delitos de tipo culposo y doloso verán afectada su “intensidad” o grado de acuerdo a una relación causal⁵⁴⁹. El elemento subjetivo en los delitos de carácter doloso se integrará (dentro de la Teoría del Delito) por un

que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases una quita y una espera determinadas, salvo que resulte incumplido.

⁵⁴⁷ Algunos autores proponían la punición de la imprudencia como cuestión de «lege ferenda», así A. MONGE FERNÁNDEZ, *El delito concursal punible*, cit., p. 260.

⁵⁴⁸ NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 180.

⁵⁴⁹ ZAFFARONI, E.R., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, p. 526. Este esquema de pensamiento también se utiliza en el Derecho Civil. Las teorías causalistas y la relación causal son necesarias para la estructura de la conducta antijurídica.

elemento de carácter intelectual, previsor, o cognoscitivo, sumado a un elemento volitivo⁵⁵⁰.

Un sector de la doctrina, representado por FEIJOO, sostuvo que el dolo descrito en el tipo del antiguo artículo 260 CP no debía interpretarse como “dolo penal”, sino que debía entenderse equivalente a “insolvencias culpables derivados de disminuciones patrimoniales indebidas o déficits de informaciones debidas” que impiden conocer la verdadera situación del deudor⁵⁵¹.

Quizá la reforma de más calado en el concurso o insolvencia punible tiene que ver con el requisito objetivo de perseguibilidad, pues con la redacción anterior la jurisdicción penal no podía intervenir hasta que el sujeto pasivo se declarase en concurso, más concretamente hasta que el auto de admisión del concurso fuese dictado por el juez de lo mercantil; pues bien con la reforma se suprime este requisito de perseguibilidad y se crea la noción de delito ante hechos reveladores previos a la declaración de concurso cuando en una situación previa al concurso el sujeto pasivo realice alguna de las conductas de bancarrota⁵⁵², así entonces, estará cometiendo el tipo objetivo que enumera el art. 259; de esta forma el legislador de la reforma desincentiva a que los empresarios en dificultades económicas soliciten el concurso voluntario yendo en contra del espíritu de la propia Ley Concursal que pretende conservar la

⁵⁵⁰ VALLEJO JIMÉNEZ, G.A., “Aproximación al concepto de imprudencia”, *Nuevo derecho*, vol. 5, 6, 2010.

⁵⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Crisis económica y concursos punibles”, *Diario La Ley*, 7178, 2009, p. 24.

⁵⁵² PAJARDI, PIERO. Derecho Concursal. Ed. Abaco. 1991. t. I, Buenos Aires, p. 111.

actividad profesional del concursado. Todo ello sin que en ningún caso esté justificado de la óptica del derecho penal semejante ampliación del tipo penal.

De esta forma la noción de delito por hecho reveladores previos queda configurado como un delito de mera actividad que va a ser castigado tanto en la modalidad dolosa como en su modalidad imprudente. Ahora bien, la cuestión del dolo resulta un elemento de cierta importancia y de necesario estudio, debido a ciertas cuestiones que ya hemos mencionado respecto a esta cuestión y a la de la imprudencia como integrantes del delito en sí mismo.

La acción del deudor en fraude de sus acreedores es el núcleo típico del delito, que bien podrá apreciarse en el hecho de causar o agravar la situación de crisis económica de la mercantil concursada⁵⁵³. Atento a las complicaciones que se dieron con la redacción anterior del art. 260, en cuanto a la inseguridad jurídica causada por la falta concreta de definición de cómo o cuales deben de ser considerados hechos de insolvencia, el legislador penal ofrece un elenco de hechos tasado, pero sigue sin determinar qué clase de dolo es el que se exige en el artículo 259 CP, ni si se da un especial elemento subjetivo de lo injusto.

La discusión sobre el tipo de dolo directo o eventual ha sido amplia en la jurisprudencia anterior a la reforma de 2015⁵⁵⁴, que casi siempre exigía dolo

⁵⁵³ SAP Vizcaya, 26 de julio de 2004.

⁵⁵⁴ No es suficiente el conocimiento y la aceptación –o la indiferencia– respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a dificultades económicas que acaben en una ruina económica (insolvencia), sino que es necesario que se dirija de modo consciente a la insolvencia, con un posterior perjuicio a los acreedores por la imposibilidad de satisfacción de sus créditos. Una arriesgada gestión o una decisión apoyada en un cálculo financiero erróneo, por muy elemental que éste sea, no son suficientes para configurar los elementos del tipo objetivo. Se exige en ocasiones por la jurisprudencia, la presencia de dolo directo, una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores, un “engaño” cercano al de la estafa, una “mala fe” como

eventual y muy pocas dolo directo como “propósito reflexivamente formado de ocasionar el resultado descrito en la norma, que consiste en perjudicar a los acreedores, porque lo buscado es, en exclusiva, el propio beneficio del que gestiona”⁵⁵⁵. Las figuras recogidas bajo los apartados 1 y 2 del artículo 259 CP son dolosas y, como sucedía con el antiguo artículo 260 CP, no hay inconveniente en admitir el dolo eventual⁵⁵⁶.

El art 259 ofrece tal enumeración de conductas, y la misma se inspira en legislación comparada como la francesa (Rivera, 2003 t. I p. 59)⁵⁵⁷, la italiana⁵⁵⁸ o la alemana⁵⁵⁹. Aún así, la reforma del Código Penal, en la

actitud engañosa tras el nacimiento de las obligaciones en la que una consciente disminución del patrimonio buscará eludir los pagos comprometidos . Bastaría acreditar, eso sí, la conciencia de peligro de la acción en el autor, para apreciar el dolo, sin que sea necesario una exacta representación del resultado.

⁵⁵⁵ STS 15 de marzo de 2002: “en efecto la insolvencia dice la ley penal, debe haber sido causada o agravada dolosamente (...) sólo cabe admitir los casos de dolo directo, pues sólo estos son los que exteriorizan una voluntad dirigida a perjudicar”. Más recientes las SSTs de 12 de enero y 24 de junio de 2015.

⁵⁵⁶ Vid. por todos P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 296; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 220.

⁵⁵⁷ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 127. El sistema concursal francés que mantiene todas estas figuras en el Code de Commerce de 2000, se basa principalmente en la prevención de la crisis de la empresa en insolvencia, permitiendo la continuidad de la empresa a fin de mantener su actividad y el empleo con el único fin de cancelar el pasivo -*la prevention et du reglement amiable des difficultes des entreprises*-. Ver Rivera, Julio C. *Instituciones de Derecho Concursal* Rubinzal Culzoni 2º ed. 2003 t. I p. 59.

⁵⁵⁸ Sigue vigente aun en la actualidad en Italia la Legge Fallimentare de 1942 basada en la insolvencia de la empresa e innova con la incorporación al sistema concursal italiano (quiebra y concurso preventivo) de la administración controlada y la liquidación forzosa administrativa.

exposición de motivos de su proyecto, ya iniciaba una propuesta y lo volcaba en la misma⁵⁶⁰. Asimismo, no consideraba ninguna cuestión respecto al tipo subjetivo de ambos delitos tipificados nacies. Ante ello, la doctrina y quien escribe, avanzan en consideraciones que se acercan a las figuras descriptas pero desde el punto de vista del dolo directo⁵⁶¹.

Varias leyes complementarias se han dictados desde aquella fecha que reestructuran el sistema falimentario en ciertos casos. Debemos hacer mención de la ley de 1971 que introduce la intervención estatal para los casos de insolvencia de empresas industriales, lo que se complementa con el régimen de administración de grandes empresas en crisis de 1979 (*Legge Prodi*). Ver en PAJARDI, PIERO, Derecho Concursal, Abaco 1991 t. I p. 565.

⁵⁵⁹ En 1994, se sancionó la Ordenanza de la Insolvenzordnung la cual entraría en vigencia a partir del 1º de enero 1999, introduciendo un sistema unitario para la crisis económica de la empresa, es decir un mismo procedimiento para la liquidación y la prevención. No necesariamente el proceso de insolvencia recae sobre una persona sino que puede desarrollarse solamente sobre el patrimonio in malis. Existe un equilibrio entre los poderes del juez y la participación de los acreedores, entre ambos, en diferentes momentos, deciden la suerte del procedimiento. Importante es la incorporación que se hace del “plan de insolvencia” que debe contener una especial reglamentación del sistema de continuación de la empresa a los fines de solventar la crisis.

La ley alemana vigente resultó ser un adelanto muy importante en la legislación concursal internacional, con un sistema muy moderno, seguido ahora por otras legislaciones contemporáneas.

⁵⁶⁰ La exposición del proyecto de 2006 exponía que debía existir un «Sistema que sólo es relativamente nuevo —pues recuerda en parte a las derogadas indicaciones de fraudulencia del Código de Comercio— en cuya virtud el delito de concurso punible emerge por la realización antes del concurso de una serie de conductas que no se vinculan a la insolvencia a modo de causas de ésta, lo que sería muchas veces difícil por la posible acumulación de factores, sino que ponen de manifiesto una administración conscientemente desordenada».

⁵⁶¹ SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de la acción, Buenos Aires, 1991, pp. 97-102.

Como primera aproximación, debemos valorar el listado de situaciones que se han de considerar para la comisión del delito, para ello, diremos que los hechos de insolvencia descritos en la norma pueden ser clasificados de la siguiente manera:

1) Actos que resultan contrarios a todo deber de diligencia:

- Por cualquier medio de gestión no diligente, disminuir el valor de los elementos patrimoniales que deban formar parte de la masa del concurso.
- Participar de forma no diligente en negocios especulativos, sin que ello tenga justificación económica.
- Simular créditos con terceros o reconocer créditos ficticios.

De esta clasificación se observa que la conducta típica se caracteriza por la falta de diligencia en el actuar. Pero ¿esta falta de diligencia debemos considerarla como “negligencia” (imprudencia) o como un marcado dolo?⁵⁶² Desde nuestro punto de vista, debemos considerarlo como dolo y de características directas.

2) Actos que carecen de justificación económica alguna:

⁵⁶² Volveríamos entonces a una discusión un poco ya arcaica y superada, donde emergía la figura de Feuerbach con el autor que se ubicaba en contra de la idea de dolo indirecto y dolo eventual, y su idea giraba en torno al dolo como intención (LESCH, 1997, p. 802 ss.).

- Realizar actos de disposición patrimonial que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor o sus ingresos, y carezcan de justificación económica o empresarial.
- Vender o prestar servicios a pérdida, sin justificación económica.

En esta clasificación, podemos observar que la nota distintiva la da la falta de lógica económica de los actos, alejándose de la teoría del riesgo propia de la actividad mercantil y reservándose a actos que, para el legislador penal, denotan un actuar netamente doloso. Los riesgos inherentes a una política de empresa dirigida al beneficio, si bien generan inevitables peligros para la garantía de los acreedores, no pueden constituir por sí solos el objeto de reproche penal⁵⁶³.

No bastaría haber realizado “operaciones económicas de riesgo”, sino que lo requerido es que el perjuicio pueda asociarse al concreto modo de operar la empresa en el sector en que se desarrolle su actividad⁵⁶⁴.

3) Actos en claro incumplimiento a las obligaciones mercantiles⁵⁶⁵ :

⁵⁶³ CANESTRARI, S., “«Riesgo empresarial» e imputación subjetiva en el derecho penal concursal”, en *Temas de derecho penal económico, 2004*, pp. 67-82, Trotta, 2004, p. 80, fecha de consulta 28 marzo 2017.

⁵⁶⁴ STS de 13 de abril de 2005: “... dolo directo, entendido como el propósito reflexivamente formado de ocasionar el resultado descrito en la norma, que consiste en perjudicar a los acreedores, porque lo buscado es, en exclusiva, el propio beneficio del que gestiona”.

⁵⁶⁵ Estas conductas figuraban en el antiguo Código Penal de 1973 por remisión directa de sus artículos 520 a 522 al entonces vigente Código de Comercio. Se trata de

- No llevar la contabilidad, llevar doble contabilidad, llevar la contabilidad de forma tan irregular que no sea posible comprender la verdadera situación financiera del deudor (incluida la destrucción o alteración de los libros contables).
- Realizar las mismas conductas respecto de la documentación que el empresario está obligado a conservar.
- Formular las cuentas anuales o los libros contables de modo contrario a la normativa reguladora, de forma que se dificulte o imposibilite la comprensión de su situación económica, u omita el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

El incumplimiento de los deberes mercantiles se traduce en un obstáculo para el conocimiento de la verdad económica del quebrado o insolvente⁵⁶⁶. Por tal motivo, la cláusula 9ª “de cierre” actúa como un incentivo de los buenos usos y costumbres, que parece casi referido a la moral, pero aplicado al derecho comercial, y que se integra con el derecho penal a los efectos de la tipicidad de las figuras penales de índole económica.

Por tanto, la determinación de dolo eventual se convierte en una averiguación particularizada sobre cuáles son los riesgos razonablemente inadmisibles en una determinada actividad económica. De este modo, serán meros indicios de la culpabilidad del deudor las presunciones legales sobre culpabilidad del concurso recogidas en la LC; y el nivel de endeudamiento, el

conductas que ligan con el concurso culpable, según la definición propuesta por el artículo 164 de la Ley Concursal y, en pura coherencia, con la negligencia en la causación del concurso. Así, las conductas listadas en el punto n.º 3 implican la recuperación de la llamada «quiebra documental», que se ha encontrado ausente del ordenamiento penal desde la derogación del Código Penal de 1973.

⁵⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F. y MOYA AMAYA, E.I.: Alzamiento de Bienes, 1995, pag.434.

costo del crédito, las posibilidades de expansión o contracción del mercado, las perspectivas de crecimiento de la demanda, la innovación tecnológica, así como otras muchas variables se volverán absolutamente necesarias en la ponderación global que realiza el juzgador para valorar, desde la concreta posición del deudor, si el riesgo asumido era el racionalmente adecuado o se tornaba excesivo para las condiciones normales del mercado⁵⁶⁷.

El deber de diligencia también sigue esa línea de pensamiento, al erigirse como un concepto amplio, de naturaleza principal, como el de buena fe, por ejemplo, y debe ser tomado como una idea que pueda completar vacíos en la ley y pueda ser enlazada con otros conceptos del ordenamiento jurídico⁵⁶⁸. Asimismo, se enlaza necesariamente con el concepto de imprudencia dentro del derecho penal, ya que “el tipo penal en el delito imprudente, del mismo modo que en el delito doloso, tiene su fundamento en un bien jurídico que determina su contenido y límites, comprende una situación, esto es, un proceso de vinculación entre personas dentro de un conjunto de circunstancias fácticas y personales que configuran un ámbito social desvalorativo. Por eso, al igual que en el delito doloso, también en el tipo penal culposo es posible encontrar en su estructura típica elementos objetivos y subjetivos, un sujeto activo, un comportamiento desvalorativo, un objeto materia y modos de comisión.”⁵⁶⁹, y

⁵⁶⁷ CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, cit., p. 389.

⁵⁶⁸ La fiscalización del deber de diligencia del empresario por la jurisdicción penal, a través de la proyectada criminalización del incumplimiento de obligaciones mercantiles, puede llegar a quebrar principios básicos del ordenamiento penal como son el principio de ultima ratio y el principio de proporcionalidad.

⁵⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J., en “Lecciones de Derecho Penal”, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid, año 1999, p. 171.

se asocia claramente con el concepto, por qué no, de dolo eventual, el cual resulta ser la forma más difusa de dolo⁵⁷⁰.

Entendemos el dolo eventual como aquel del que no tiene la intención última de llevar adelante un plan de acción que lo lleve a configurar una conducta típica, pero que, reconociendo la posibilidad de un resultado dañoso en su obrar, aún así continúa adelante con ello, perfeccionando así este tipo de dolo al perpetrarse el delito⁵⁷¹. Desde una perspectiva de Política Criminal se puede admitir el dolo eventual en las modalidades dolosas de los apartados 1 y 2 del artículo 259 CP (ya se admitía por algunos autores en relación al artículo 260 CP, como hemos explicado); pero desde luego unir una redacción tan abierta como la dada por el legislador a este tipo, a la posibilidad de apreciar su comisión con dolo eventual y por imprudencia (art. 259.3), representa una expansión llamativa del ámbito de punición.

Esta ampliación de conductas objetivables en el tipo penal nos lleva a que el concepto de dolo se aborde específicamente en estos supuestos. Ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia la conceptualización del dolo, para así tratar de fijar cuál es el elemento subjetivo que requieren estas conductas. Para ello, resumiremos fundamentalmente dos grandes métodos⁵⁷²:

⁵⁷⁰ GARIBALDI-PITLEVNIK, “Delimitación del Dolo y la Culpa en el Ilícito Penal”, Ad-Hoc, 2002, p.. 53.

⁵⁷¹ BATTAGLIA, A. “Algunos Aportes Sobre el Dolo Eventual”, -ED Año 2000, Tº 187, p.. 1181.

⁵⁷² Para una perspectiva de los autores partidarios de este planteamiento cfr. RAGUÉS I VALLÈS, El dolo..., op. cit., pp. 60-71, 88-97 y 103-105. La discusión entre los partidarios de estos dos puntos de vista a menudo se ha contemplado como un debate circunscrito a la figura del dolo eventual. Sin embargo, dado que el dolo eventual marca la “frontera inferior” del concepto de dolo, en realidad esta discusión afecta a la

A) El primero engloba a un grupo de autores y jueces, que parten del principio “apriorístico” de que sólo la realización voluntaria o intencionada del tipo merece las penas previstas para los delitos dolosos y, consecuentemente, trata de buscar dicho elemento en todos aquellos casos donde exista pena de dolo. Tradicionalmente se ha denominado a este punto de vista como la teoría de la voluntad.

B) El segundo no posee definiciones apriorísticas y se analiza simplemente cuáles o qué tipo de hechos se consideran merecedores de las penas previstas, buscando después denominadores comunes entre todos ellos que permitan construir una definición generalmente válida. Ello lleva a una visión objetiva tendente a estandarizar al dolo dentro de los elementos fácticos o redacciones típicas de las conductas.

Sólo el segundo método lleva a entender satisfactoriamente el dolo en relación a los delitos tipificados pues existe una gran dificultad en la prueba del elemento subjetivo (volitivo) del dolo. Por tanto, mayor es la seguridad jurídica si a partir de conductas objetivas realizadas por el autor se puede inferir necesariamente la actuación dolosa.⁵⁷³

globalidad de este concepto. En este sentido, FRISCH, Vorsatz und Risiko, Colonia, 1983, pp. 496 ss.

⁵⁷³ Históricamente, estos planteamientos son herederos de la denominada “teoría del consentimiento” creada en Alemania en el siglo XIX y defendida por autores como Robert von Hippel, que la complementaban con la denominada “fórmula de Frank”, según la cual un sujeto consentía en la producción del resultado cuando podía afirmarse que habría actuado igualmente de haber sabido con seguridad que dicho resultado se iba a producir. Esta teoría —durante muchas décadas mayoritaria tanto en Alemania como en España— entra en crisis a partir de la década de 1950 con la sentencia del BGH alemán (BGHSt, vol. 7, p. 363 ss) sobre el denominado “caso de

En la práctica estos requisitos “pseudovolitivos”, como son el “aceptar”, “conformarse” o “resignarse”, llevan a la presunción, casi con grado de certeza, de que el sujeto pudo hacerse una imagen y entender que su conducta iba a ser configurada como delictiva, y aún así, no detuvo su actitud, continuó en la misma y consumó el tipo penal. Es decir, en palabras de ZAFFARONNI “...hay una mera posibilidad de conocimiento (un conocimiento potencial), no requiriéndose un conocimiento efectivo, como sucede en el caso del dolo...”⁵⁷⁴. Esta deducción automática del elemento pretendidamente volitivo a partir de la “actuación pese al conocimiento” plantea serias dudas sobre la necesidad conceptual de tal requisito, que, definido en estos términos, carece de un contenido propio que justifique su existencia⁵⁷⁵.

La idea del dolo como voluntad se erige como opción en los delitos de resultado. La afirmación de que para el dolo basta con el conocimiento ha sido, precisamente, la conclusión de la mayoría de partidarios del segundo método (HASSEMER, 1989, pp. 289- 309)⁵⁷⁶. Incluso entiende ZAFFARONNI que

cinturón” (Lederriemenfall), aunque es posible todavía encontrarla en algunas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo español en la década de 1980.

⁵⁷⁴ ZAFFARONI, E.R., en *Tratado de Derecho Penal. Parte General* T. III, p. 408.

⁵⁷⁵ De entre las numerosas críticas que recibe este punto de vista merece la pena citar, aunque sólo sea por su plasticidad, las formuladas por HERZBERG, Rolf Dietrich, las cuales pueden encontrarse en reseñadas en “Reflexiones Sobre La Teoría Final De La Acción”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-01 (2008); <http://criminet.ugr.es/recpc>.

⁵⁷⁶ Algún autor como ENGISCH, en su “*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*”, Berlín, 1930 (reimp. 1995, las cuales pueden encontrarse en reseñadas en “Reflexiones Sobre La Teoría Final De La Acción”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-01 (2008) — <http://criminet.ugr.es/recpc>), pese a emplear este método llega a conclusiones distintas, como la afirmación de que para el dolo es necesaria, cuando menos, indiferencia. Sin embargo, su planteamiento no se ha impuesto. Aparentemente

esta teoría tiene aplicación para los tipos de carácter imprudente a la hora de entender lo que en Argentina se entiende como “delito culposo”, al afirmar: “...tampoco es cierto que en los tipos culposos no sea relevante la finalidad, porque si bien no se individualiza la conducta por la finalidad, es necesario conocer ésta para poder determinar la tipicidad imprudente...la finalidad es indispensable para averiguar cuál era el deber de cuidado que incumbía al agente, porque no hay un cuidado debido único para todas las acciones...”.⁵⁷⁷ Por tal razón suele hacerse referencia a ellos con la denominación de teorías del conocimiento o de la representación.

Según los autores reseñados, para afirmar que se ha obrado dolosamente bastaría, entonces con acreditar que el sujeto activo pudo representarse la concurrencia en su conducta de los elementos objetivos exigidos por el tipo. Por ello, en los delitos de resultado, esta exigencia se concreta en que el sujeto haya obrado con conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado⁵⁷⁸. Con ello se consigue un concepto válido tanto para delitos de

también emplean este método los autores que definen el dolo como “decisión contra el bien jurídico” o “asunción de los elementos constitutivos del injusto” (así, Hassemer o Schroth, respectivamente). Sin embargo, en el desarrollo de este planteamiento se constata un cierto apriorismo cuando se afirma que, para que concurra tal decisión o asunción, es imprescindible la presencia de algún elemento volitivo o pseudovolitivo. Algo similar sucede en España con la partidaria de esta perspectiva, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 321. Una crítica al planteamiento de Schroth en SCHÜNEMANN, Hirsch-FS, pp. 368-369.

⁵⁷⁷ ZAFFARONI, E.R. – ALAGIA, A. – SLOKAR, A., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002, p. 526.

⁵⁷⁸ En España se defiende, entre otros, por BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 5.^a ed., Madrid, 1998, p. 225; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401 ss; GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, en ID., *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, 1990, p. 259; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 245; y FEIJÓO SÁNCHEZ, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del

resultado como para delitos de mera actividad y es posible trazar una delimitación entre dolo e imprudencia que se corresponde con el merecimiento de pena propio de estas formas de imputación subjetiva sin por ello tener que recurrir a datos psíquicos de dudosa existencia práctica⁵⁷⁹. Por todas estas razones, la definición del dolo como conocimiento de la realización típica se ha impuesto en la práctica del Derecho penal y ello pese a que una parte importante de la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia se resistan a abandonar la terminología propia de la teoría de la voluntad⁵⁸⁰.

En la inmensa mayoría de ocasiones, quienes se declaran partidarios del dolo como intención acaban resolviendo los casos aplicando un dolo definido

dolo”, CPC, 65 (1998), pp. 269 ss. En Argentina cabe citar a SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de la acción, Buenos Aires, 1991, pp. 201- 202, entre los partidarios del dolo como conocimiento.

⁵⁷⁹ En la doctrina actual pretende ir más allá JAKOBS, “*Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*”, ZStW, 101 (1989), pp. 530-531 [trad. C.J. Suárez, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos” en JAKOBS, Estudios de Derecho penal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 128-146], quien considera que ciertos desconocimientos (provocados o debidos a la indiferencia del sujeto) merecen el mismo tratamiento que casos de dolo. Este punto de vista, próximo a la figura anglosajona de la “*willful blindness*”, se acoge en alguna sentencia del Tribunal Supremo, como la STS de 16 de octubre de 2000 (ponente Giménez García), en la que se afirma que, “quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saberse, y sin embargo se beneficia de la situación –iba a cobrar un millón de ptas.– está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa”. El mismo razonamiento se plantea en la STS de 10 de enero de 2000 (ponente Giménez García).

⁵⁸⁰ Esta idea ya se expresaba en la STS de 23 de abril de 1992 (ponente Bacigalupo Zapater), en la que se reconocía que, bajo los “ropajes” terminológicos de la teoría del consentimiento, las decisiones de este Tribunal se hallaban cada vez más próximas a los postulados de la teoría de la probabilidad, que es una de las variantes más extendidas de la teoría de la representación.

como conocimiento, de tal modo que, aunque en la doctrina parecen defenderse dos conceptos distintos, en realidad las discrepancias tienen sólo una naturaleza terminológica. Por consiguiente, la idea de dolo como conocimiento de los elementos del tipo objetivo es el enfoque que debe considerarse en el caso de la insolvencia punible.

Claramente, es necesaria la comisión dolosa de este tipo delictivo, y resulta indudable por la propia exigencia del tipo de injusto, “quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas”⁵⁸¹. No cabe, a nuestro entender, en la primer parte del articulado (art. 259. 1 y su enumeración) la punición imprudente, por lo que cuando la insolvencia⁵⁸² se alcance por conducta meramente negligente, no será merecedora de sanción penal, a menos que obedezca a un total desprecio y descuido de las normas de prudencia y diligencia empresarial, lo que nos situaría ante supuestos, quizás, de dolo eventual y, por tanto, reprochables; o en palabras del propio Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 2ª, DE 12/02/1997, “el dolo se debe apreciar cuando el autor, al menos, sabe que la realización del tipo por su acción no es improbable”.

⁵⁸¹ La STS, Sala 2ª, DE 17/05/1997, que de acuerdo a la vieja redacción del CP, aclara: “Que ese requisito subjetivo del dolo se infiere con total claridad del dato objetivo de que, sin razón justificativa de clase alguna, se descapitalice la sociedad quebrada empleando para ello el mecanismo de constituir una nueva a la que se transfirieron todos los elementos existentes y propiedad de aquéllas, tanto humanos como mecánicos, e incluso de clientela, con la simple sustitución del nombre comercial y el traslado del domicilio social”.

⁵⁸² Según la Ley Concursal se considera que el deudor se encuentra en una situación de insolvencia cuando no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (L.C., art. 2.4.2.). De otro lado, se considera que el deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente cuando prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (L.C., art. 2.4.3).

Es por tanto, necesaria la acreditación de que a tal estado de insolvencia se hubiere llegado a partir de una actividad maliciosa del autor y que se encuadre en la serie de hecho reveladores de insolvencia a los que se refiere el primer punto del art. 259⁵⁸³, u otros encaminados a situar a la mercantil en tal estado (Art. 259.1 apartado 9º) o bien, a agravar tal situación en perjuicio de los acreedores (259.2 CP)⁵⁸⁴.

⁵⁸³ En el mismo orden de ideas la SAP de BARCELONA, Sección 7ª, DE 9/02/2000 para referirnos a este punto: “Tal atendimento selectivo de deudas sociales no son suficientes para atribuir al acusado un ánimo especial de producir o agravar la situación de insolvencia en que ya venía encontrándose desde fechas anteriores a la instancia de la quiebra formal. Tampoco podemos inferir este propósito específico del hecho constatado de que el acusado no hubiese instado tal declaración Judicial dentro de los plazos dispuestos por la Ley procesal a tales fines, desde el conocimiento de la situación real de insolvencia, pues, tan sólo elemento temporal no viene en absoluto a provocar, ni tampoco a agravar (...). La única actividad en la que podría residenciarse un propósito real de perjudicar la insolvencia vendría determinada por la inclusión de partidas, tanto en el activo como en el pasivo social, que no se corresponden con la realidad”.

⁵⁸⁴ Asimismo, la STS, Sala 2ª, DE 15/12/1997 se refiere agregando que, tras un reconocimiento de deuda y su garantía real mediante constitución de hipoteca, declara: “Las actuaciones realizadas en la póliza a favor de Bodegas R.A., SA y su cobertura hipotecaria e inmobiliaria sin justificación a deudas anteriores y con ausencia de asientos contables al respecto, agravaron intencional, maliciosa y voluntariamente la crisis económica de la empresa”. SAP DE BARCELONA DE 6/07/2000.- Aunque en el proceso civil se calificó la quiebra como fraudulenta, sin embargo, absuelve al acusado sobre la base de la ausencia de prueba acreditativa de que la efectiva disminución del activo patrimonial de la empresa del imputado, se debiera a una fraudulenta liquidación del activo de la empresa; en definitiva, no se han probado actos de disposición fraudulentos tendentes a la descapitalización de la empresa.

CAPÍTULO V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Los delitos de fraude en la generación o la tramitación de los procedimientos judiciales concursales son delitos especiales, de los que sólo pueden ser autores ejecutivos quienes sean objeto de un expediente judicial concursal o, en el caso de que la afectada sea una persona jurídica, sus administradores de hecho o de derecho, en los términos establecidos en el art. 31 del Código⁵⁸⁵. Si bien estos delitos admiten a pesar de su especialidad, como sucede en el alzamiento de bienes, la participación de “extraneii”, que sin ser autores, realizan actos de cooperación necesaria o complicidad con el autor ejecutivo, en los términos de los arts. 28 y 29 del mismo texto legal⁵⁸⁶.

El delito concursal, recogido en el 259 CP, exige que el autor de la situación o agravación de la insolvencia sea el deudor de una relación obligacional previa, lo que podría equipararlo al alzamiento de bienes, pero en el caso del concurso ha de hablarse del “deudor común”.

Como es sabido, el derecho concursal es un procedimiento mercantil-civil que ha sufrido amplias reformas durante su vigencia tras la aprobación de la Ley Concursal 22/2003. Con carácter previo a esta norma, el procedimiento concursal recogido en el Código Civil, la Ley de Suspensión de Pagos y el Código de Comercio, diferenciaba la quiebra, la suspensión de pagos, el concurso de acreedores y la quita y espera. A pesar de su larga vigencia de más de un siglo – seguían vigentes disposiciones de 1829–, el sistema era criticado por atomizado, disperso y obsoleto⁵⁸⁷, por lo que se aprobó el nuevo régimen concursal en 2003,

⁵⁸⁵ LAMARCA PÉREZ, C., *Manual de derecho penal: parte especial*, Colex Editorial, Madrid, 2001, p. 316.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ La Exposición de Motivos de la LO 22/2003 explica: “Esta ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las severas y fundadas críticas que ha merecido el

sin que la reforma supusiese una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del derecho vigente, en la que se han incluyeron las aportaciones doctrinales y prelegislativas nacionales, la aportación del trabajo realizado en la legislación comparada y en los instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia.

La Ley 22/2003 opta por asumir en la legislación concursal los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, al tiempo que rebaja del carácter represivo de la insolvencia mercantil. La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones lo que tiene su reflejo en el artículo 2 de la LC: “La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común”.

A pesar de la reforma penal de 2015, sigue vigente en el apartado 4 del artículo 259 la necesidad de que con carácter previo a la persecución del delito sea declarado el concurso: “Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso”.

Sujeto activo del delito sólo podrá ser el deudor de varias relaciones obligacionales previas a la insolvencia, que se concibe en la LC como el estado

derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente”.

patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones, pero sólo desde el momento en que se haya declarado el concurso, por lo que el tipo ha de ser considerado especial propio, lo que nos plantea problemas específicos de en relación a la autoría y la participación y en especial, en relación al artículo 261 bis CP en el que se establecen las penas a imponer a la persona jurídica responsable del delito.

En lo que aquí nos concierne, se analizará la autoría y participación que tiene lugar cuando en el delito concursal, que normalmente desencadenará la declaración de concurso culpable, por diversos supuestos como pueden ser no declarar el concurso en plazo, supuestos de alzamiento de bienes, doble contabilidad... Debemos atender aquí a lo establecido en los artículos 164 y 165 LSC, presunciones de culpabilidad del concurso que se determinará en la denominada “sección sexta” del expediente judicial concursal.

Con la reforma del Código Penal, debemos resaltar el hecho de que el artículo 259 recoge las conductas que son constitutivas de un delito de insolvencia fraudulenta, al contrario de lo que ocurría en el artículo 260 de la anterior regulación, donde el tipo recogía como autor al que fuera declarado en concurso y la situación de insolvencia fuera causada o agravada de forma dolosa por el deudor o persona que hubiese actuado en su nombre.

Cuando se realiza un análisis, como en el presente trabajo, de la autoría y las diferentes formas de participación en el delito concursal, a parte del evidente análisis del deudor como sujeto obligado y, como consecuencia, autor del tipo, debemos atender a dos cuestiones, como son, en primer lugar, la participación de un tercero (“*extraneus*”) y la realización de la conducta típica por una persona que actúe en nombre o por cuenta de la empresa (persona jurídica).

I. La situación de insolvencia actual o inminente.

Quien se encuentra en una situación de insolvencia inminente puede no ser deudor de nadie, como ya hemos tenido ocasión de explicar, pues bien puede ser que los créditos de sus acreedores no sean vencidos ni exigibles o bien que por voluntad propia haya dejado de pagar a sus acreedores a pesar de ser solvente.

Sucede que en la prudente aplicación de las reglas contables estandarizadas a nivel internacional⁵⁸⁸, una empresa o un empresario autónomo, deban contabilizar como deudas a aquellas que tengan un vencimiento inferior al año, lo que puede suponer un vuelco en su contabilidad de un día para otro, pero no necesariamente una declaración de concurso o una situación de insolvencia definitiva e inamovible.

Leyendo el artículo 259, veremos que su apartado segundo hace referencia a quien “cause o agrave su situación de insolvencia”, referencia que ha de entenderse dirigida a cualquier sujeto, sea éste una persona física o jurídica, igual que el apartado cuatro del artículo cuando establece que: “Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones o haya sido declarado su concurso”.

Resumiendo, nos encontramos con que el deudor o quien haya actuado en su nombre (259.5); el que esté en insolvencia actual o inminente (259.1) y quien cause o agrave su insolvencia (259.2), sólo podrán ser perseguidos cuando hayan dejado de cumplir regularmente sus obligaciones o hayan sido declarados en concurso (259.4) si han realizado alguna de las ocho conductas que describe el 259.1 o cualquier otra conducta que constituya una infracción grave del deber de

⁵⁸⁸ El Plan General de Contabilidad aprobado por R.D. 1514/2007 para adaptar la contabilidad de las PyMES a las exigencias de las NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera) elaboradas por la IASB (*International Accounting Standards Board*) y asumidas por la Unión Europea, define la deuda a corto plazo como: “Las contraídas con terceros por préstamos recibidos y otros débitos no incluidos en otras cuentas de este subgrupo, con vencimiento no superior a un año.”

diligencia por la que se disminuya su patrimonio o se oculte su situación económica real o su actividad empresarial (259.1.9)⁵⁸⁹.

Al encontrarnos en un delito especial propio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 259 CP, sólo podrá estar incluido dentro de la categoría de autor, o de coautor en el caso de pluralidad de deudores o sujetos obligados, aquellos que tienen la categoría de deudor. Cuando nos refiramos a terceros, es decir, aquellos sujetos que no se pueden encuadrar dentro del concepto de deudor (*extraneus*), sólo podrán tener la categoría de terceros partícipes.

Pese a estar configurado como un delito especial propio, el delito concursal es un delito de dominio y no un delito de infracción de un deber institucional, en virtud de lo cual el criterio de imputación del hecho al autor será el incremento del riesgo no permitido⁵⁹⁰. El riesgo que se crea es aquel en el que se coloca a los acreedores, aunque normalmente, como vamos a hablar de esta conducta como un delito de la empresa, deberemos acudir a la cláusula de extensión de la autoría del artículo 31 CP, puesto que en este caso, quien realice la conducta típica será la persona que actúa en nombre y representación de la misma, razón por la que en este punto donde cobra importancia la figura del administrador de hecho o de derecho.

Con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, se han producido novedades en lo que al delito concursal se refiere en relación a la extensión del tipo y el adelantamiento de la protección. Ambas posiciones hablan a las claras de la intención del legislador de no dejar impunes conductas de los deudores en las situaciones de insolvencia inminente, acudiendo a cláusulas abiertas tal y

⁵⁸⁹ Venimos apuntando que el texto del artículo y sus conceptos parecen más propios del derecho concursal y no del derecho penal, tan amplios y difusos que bien puede entenderse que vulneran el principio de legalidad penal en relación a la necesidad de taxatividad de la norma sancionatoria.

⁵⁹⁰ MARTÍNEZ BUJÁN, C. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 130.

como ocurría con la anterior regulación del concurso punible antes de esta reforma. Así, por ejemplo, el artículo 259.4 CP expresa el deseo del legislador de que el deudor no responda sólo cuando fuera declarado en concurso, sino que también sea responsable en el momento en que no cumpla de forma regular sus obligaciones exigibles, lo que parece asegurar la exigencia de responsabilidad al deudor temerario, con ello, desaparece la declaración de concurso como condición objetiva de perseguibilidad.

En este escenario se plantean situaciones que exigirán determinar la aplicación de los fenómenos de codelincuencia o la autoría mediata en los delitos especiales propios, en tanto que muchas de las soluciones ofrecidas por las normas generales del Derecho penal habrán de ser matizadas, en especial lo relativo a las formas de participación en un delito especial propio como es éste, y sin perder de vista que el marco legal en que nos encontramos comprende un abanico de regulaciones civiles-mercantiles⁵⁹¹ así como el contenido propio del Código penal.

II. Autoría y coautoría

La doctrina prácticamente unánime entiende que sólo las personas que posean la condición de deudores de una relación jurídica obligacional previa podrán ser calificados como autores, si bien algún autor ha cuestionado la naturaleza especial del delito al entender que perdió tal categorización con la desaparición de la referencia al comerciante⁵⁹²; sin embargo, ha de entenderse

⁵⁹¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

⁵⁹² «Sujeto activo. El deudor; pero ya no se trata de un delito especial. En efecto, no se distingue entre comerciante (art. 1 CCom) y particular ni entre persona física ni jurídica

que la cualidad de comerciante del sujeto activo no es la auténtica razón por la que se califica de delito especial, sino la existencia de una relación obligacional previa, pues los sujetos de ésta serán los sujetos del delito⁵⁹³.

Únicamente existirá coautoría si además de la ejecución conjunta y del acuerdo de voluntades, todos los sujetos poseen la condición de deudores (STS 24 de febrero de 1984) y la autoría mediata se dará exclusivamente en los supuestos en los que el sujeto cualificado se sirva de una persona interpuesta no cualificada (“extraneus”) como instrumento para realizar el tipo⁵⁹⁴.

En el caso de la quiebra fraudulenta se mantiene la referencia a quienes fueran declarados en quiebra, así el artículo 260 del Código penal de 1995 tras la reforma de 2003 (“El que fuere declarado en concurso”) y el 259.4 redactado conforme a la LO 1/2015 (“Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.”), de modo que sólo los declarados en concurso podrán ser autores de este delito⁵⁹⁵ –atendiendo las excepciones que prevé la Ley Concursal y la legislación mercantil– y ello implica sí, una falta de distinción entre personas físicas y jurídicas en cuanto a su idoneidad para ser declaradas en concurso. Lo que nos lleva a plantearnos si los obligados subsidiariamente al pago (fiadores, avalistas o responsables civiles subsidiarios) pueden ser también considerados autores de este delito o si quienes no tengan la condición de deudores responderán siempre como partícipes⁵⁹⁶.

(art. 1.1 LC)». «Sujeto activo. Cualquiera; también las personas jurídicas» J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, 2015, pp. 1152, 1177.

⁵⁹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 145.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 147.

⁵⁹⁵ STS de 25 de febrero de 1995.

⁵⁹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 146.

Por vía del artículo 31 CP puede admitirse la coautoría de sujetos que tengan la cualidad de deudores que, por tanto, pueden ser autores idóneos del tipo y puede también admitirse una coautoría entre el deudor y su administrador (de hecho o de derecho) o administradores.

En el caso de una persona jurídica puede imaginarse que su órgano de administración cuando sea plural (al menos una administración solidaria o mancomunada de dos personas) podrá adoptar unánimemente o por mayoría la ocultación de activos, el traspaso de estos a personas interpuestas, el ficticio incremento del pasivo a través de artificios contables, etc. Por tanto, con una decisión así se cumpliría el primer requisito de la autoría como es el acuerdo común en la realización del delito, aunque podría plantearse el problema de la presencia de los coautores en la fase ejecutiva del delito, lo que se compadece mal con la toma de decisiones en el ámbito de la empresa donde la ejecución de las decisiones adoptadas por el Órgano de Administración se atribuye a otras personas que, en principio, pueden ser desconocedoras tanto del verdadero fin de la acción que se les encomienda, como de las cualidades jurídicas exigidas por el tipo.

Propone MUÑOZ CONDE para resolver el problema, acudir a un concepto de fase ejecutiva del delito más amplio que el que propiamente se deduce del tenor literal del artículo 28 CP, lo que permitiría abarcar la decisión adoptada en el seno del Órgano de Administración⁵⁹⁷, momento en el que aún no se han puesto en marcha las acciones fraudulentas, pues la vinculación del concepto de coautoría a la intervención en la ejecución material del delito está pensada para los delitos clásicos contra la vida o la propiedad, y aún en ellos es

⁵⁹⁷MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVE/ ANARTE BORRALLA (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 179.

discutible hasta qué punto la coautoría requiere una intervención de los coautores en la ejecución misma; pero se hace verdaderamente complejo y casi un sinsentido mantener esos requisitos para la coautoría que se da en el ámbito económico y, especialmente, en el ámbito de la empresa, donde la división del trabajo vertical y horizontalmente, la estructura jerárquica o la delegación de funciones provoca que unos tomen las decisiones y otros las ejecuten a diario. Sería absurdo que los directivos principales fuesen considerados cooperadores necesarios o inductores de la acción que ejecuten los trabajadores precisamente a sus órdenes; pero peor sería que en los delitos especiales propios sólo existiesen cooperadores necesarios y ningún autor, por no reunir los sujetos intervinientes la cualidad exigida por el tipo.

Para evitar esta laguna de punibilidad y esta paradoja, MUÑOZ CONDE propone abandonar el concepto de “coejecución” y sustituirlo por el de “realización conjunta” (recogiendo la referencia que el artículo 28 CP hace la “realización del hecho”) basado en un “dominio funcional del hecho”, en el que lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o el dominio que uno o varios sujetos tengan sobre la ejecución del delito; de acuerdo con ello, no es necesaria ni la presencia física, ni la ejecución material de algún acto de la conducta típica, lo que es especialmente útil en el seno de un Consejo de Administración, pues el concierto de quienes deciden y planifican la realización de un delito puede calificarse como coautoría, aunque luego no sean ellos quienes ejecuten la acción delictiva.

Cuestión distinta será la de los ejecutores que actúan con conciencia y voluntad de intervenir en un delito, que, si bien no pueden ser considerados autores en sentido estricto al faltarles la cualidad exigida en el tipo, sí podrán ser categorizados como cooperadores necesarios, pues será difícil categorizarlos como meros cómplices, que es una categoría más propia de agentes subalternos que no tengan conocimientos o atribuciones específicas y, en cualquier caso, ambas figuras sólo serán apreciables si, conforme al principio de accesoriedad de

estas formas de participación, se encuentra un autor al menos con las cualidades jurídicas especiales descritas en el tipo.

III. Autoría mediata y participación

Lo anterior nos coloca ante las puertas de una cuestión esencial en el ámbito de la delincuencia de empresa como es la autoría mediata, que partiendo del artículo 28 CP puede entenderse como la realización de un hecho punible sirviéndose de otro como instrumento.

Ontológicamente la autoría mediata presenta una naturaleza absolutamente diversa a la de la inducción y cooperación. En el primer caso es “autoría” y en los otros “participación en hecho ajeno”. Aunque prescindiésemos de esa diversidad ontológica, no podría reconducirse formalmente todos los supuestos a la inducción o cooperación necesaria, sobre todo si se entiende a la legislación penal española el principio de accesoriedad máxima.

La noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: la de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas, animales o cosas que actúan como instrumentos. El concepto de autor mediato se reserva exclusivamente para el caso de que el instrumento sea una persona, pues la conducta de este sujeto interpuesto puede tener una valoración jurídico-penal por sí misma y la interposición del mismo no impide que los hechos aparezcan como obra del hombre que actúa desde atrás⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El autor mediato en Derecho penal español”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 22, 3, 1969, p. 465 y 468 Son conocidas las posturas de los autores alemanes más destacados -ROXIN, WELZEL, etc.- y sus referencias a los «instrumentos dolosos carentes de intención», «instrumentos dolosos no cualificados», «el dominio social de un hecho» entre el autor y la persona intermedia, «la infracción del deber», siendo así que en los delitos especiales propios cabe decir que la teoría de ROXIN equipara a todos los partícipes cualificados como tales autores, sin distinciones, pues quien infringe un deber es siempre autor, cualquiera que haya sido su

Nuestro Código distingue objetivamente autores y cómplices, por lo que hay que entender que si el instrumento actúa libre y voluntariamente, con pleno conocimiento de la situación, existirá inducción u otra modalidad de participación, pero no autoría mediata⁵⁹⁹.

El carácter especial del artículo 259 CP no impide admitir la autoría mediata, pues no se encuentra entre los llamados “de propia mano” que necesitan ser realizados directa y físicamente por su autor, sino que en el caso de las insolvencias fraudulentas el autor puede servirse de otro sujeto.

El artículo 28 del Código penal exige que la colaboración del partícipe a la ejecución del autor se haga con actores anteriores o simultáneos y determinar si la misma era o no necesaria atendidas las posibilidades reales del autor en el momento del hecho para determinar si la contribución del partícipe ha sido decisiva; pero su actividad no requiere de ninguna suerte de eficacia causal en el resultado porque el castigo de la complicidad descansa en la contribución, colaboración o cooperación en la ejecución del hecho y, por ende, su responsabilidad es accesoria de la del autor⁶⁰⁰.

Dado que la penalidad de cooperador necesario y autor es la misma, se han propuesto por la doctrina diversas formulas para mitigar la sanción de los partícipes no cualificados, por ejemplo, considerar todos los actos de

contribución al hecho, lo que conduce también a un concepto extensivo único de autor, siendo la mayor crítica a esta postura el que la ley prevé la equiparación de autor y partícipe en ciertos tipos especiales, por lo que en aquellos casos en que no lo haga, no cabe apreciar semejante confusión entre ambas figuras.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 474; MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 184 en la que establece que podría existir una «coautoría mediata» si son varias las personas que reciben las órdenes de los verdaderos autores y cooperan en la realización del tipo, reuniendo ellas mismas las características del autor descrito en el delito.

⁶⁰⁰ GÓRRIZ, 2005-A, Op. cit., p. 364. La participación es contribución en el hecho ajeno; el partícipe no realiza por sí mismo el hecho delictivo, sino que favorece a, o coopera en, la realización ajena

participación como actos de simple complicidad, con lo que se castigarían con la pena inferior en grado conforme a los artículos 29 y 63 del Código penal⁶⁰¹ o bien aplicar las normas del artículo 28 castigando como cooperación necesaria aquellas conductas que hayan contribuido decisivamente a la ejecución del hecho realizada por el autor y sancionar las demás conforme al artículo 29 CP⁶⁰². Si bien es la principal solución en la praxis jurisprudencial la aplicación de una atenuante analógica al “*extraneus*”, que se justifica por no tener éste la cualidad requerida por el tipo especial.

Los tipos penales económicos especiales requieren frecuentemente que el autor haya infringido un deber exigiendo la descripción del mismo que tenga una determinada cualificación y contravenga una concreta obligación, cosa que sucede en el artículo 259 CP.

La fundamentación del injusto del partícipe, derivada de lo complejo que resulta hacer compatible accesoriedad y autorresponsabilidad, ha ocupado a la doctrina en los últimos años. Y lo ha hecho especialmente en relación con dos temas; el primero, el de la participación del *extraneus* en los delitos especiales, que tiene que ver especialmente con el alcance del principio de accesoriedad; el segundo, la cuestión de las denominadas “conductas neutrales”, que supone el intento de encontrar el elemento clave para la fundamentación de la punición a los partícipes⁶⁰³.

⁶⁰¹ MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 179.

⁶⁰² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 150 En opinión del autor no puede sostenerse, puesto que para aplicar una atenuante analógica, ésta ha de ser de análoga significación a alguna de las descritas en los artículos 20 y 21 del Código penal, lo que no parece razonable visto el elenco allí recogido.

⁶⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, cit., p. 285.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios, incluso antes de que se incorporara al Código Penal el art. 65.3, entendiendo necesaria la concurrencia en los partícipes de esas cualidades especiales exigidas al sujeto activo por el tipo. También ha tratado el Tribunal Supremo la aplicación de pena al *extraneus* que en general es castigado con una atenuación, dado que se entiende que su actividad ilícita no conlleva un injusto tan cualificado con el del autor que, en este tipo de delitos, infringe un deber específico, es decir, no está afectado por la conminación de los deberes especiales que recaen sobre el autor de este delito especial⁶⁰⁴. Dicha atenuante no se aplicaba en los casos del artículo 15 del CP de 1973 (art. 31 de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre) en los que un administrador de hecho o de derecho actuaba en nombre o representación legal o voluntaria de otro, lo que conllevaba la imposición de la misma pena al partícipe persona física en el delito de la persona jurídica.

Tras la reforma del Código Penal por la L.O. 15/2003, el Tribunal Supremo admite con mayor motivo la participación del “*extraneus*” y dado que el art. 65.3 CP configura como potestativa la posibilidad de atenuar la pena, podría resultar interesante analizar cuándo, y sobre la base de qué criterios, se aplica dicha minoración punitiva o qué sucede con el título de imputación al partícipe cuando el delito que comete el autor es especial impropio; pero la realidad es que la introducción de dicho artículo no ha venido a modificar de manera destacable la jurisprudencia, pues los tribunales ya venían considerando potestativa la aplicación de la atenuación y ello no se ve modificado por el carácter propio o impropio del delito especial, pues dicho artículo no hace tal distinción.

⁶⁰⁴ Algunas sentencias que se refieren a este particular serían: STS 2-2-94, STS 24-6-94, 14-3-96, 10-1-97, 12-2-97.

En el caso de la actuación del *extranei*, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado procedente aplicar una disminución de la pena en el caso de los delitos especiales propios, ya que la actuación del mismo se lleva a cabo sin reunir las características de autor descritas en los tipos penales, por lo que el partícipe, por sí mismo, no ha infringido el deber extrapenal que corresponde al autor. En este sentido, es especialmente destacable la figura del asesor fiscal en el delito fiscal recogido en el artículo 305 CP. Así, a modo de ejemplo, podemos destacar unos de los casos más paradigmáticos: el asesor fiscal, que anota una serie de desgravaciones o gastos deducibles de su clientes, cuando sabe que estos no son ciertos; el empleado de una entidad bancaria que, transfiere dinero de un cliente a una cuenta situada en otro país, y conoce la intención defraudadora de la acción;

Las llamadas “conductas neutrales” son un problema que afecta tanto a los delitos comunes como a los especiales al tener que analizar cuál es el límite que se marca al decidir qué conductas quedan impunes por ser consideradas como “neutrales” y cuáles entran dentro del campo de la participación en el delito. Es importante determinar el momento en que la conducta realizada deja de ser neutral. Así, el partícipe responde porque interpone una razón que permite hacer suyo el injusto, y la diferencia con la responsabilidad del autor reside únicamente en que éste aparece como el responsable más inmediato, mientras que el partícipe responde de manera más laxa, o dicho de otra manera, el partícipe responde porque crea un riesgo especial de continuación delictiva por parte de otro, de modo que, con su aportación, el interviniente está afirmando que el delito puede ser cometido y que además será asunto suyo⁶⁰⁵.

Resulta claro que el punto de partida es el objetivo delictivo del autor, pero para determinar la posible participación de quien realiza la conducta neutral, debemos acudir al análisis de cuál es su aportación, es decir, si con la

⁶⁰⁵ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., p. 502.

contribución llevada a cabo por él se consigue la continuidad delictiva. En este punto, la doctrina habla de dos datos objetivos a los que se ha de atender. Así, los sintetiza BUJÁN: en primer lugar, la conexión espacio-temporal con el hecho cometido por el autor, de tal modo que cuanto más cercana y objetivada esté la realización del tipo, más fácil será determinar si existe una conducta de adaptación y consecuentemente rechazar que se trate de una conducta neutral. En segundo lugar, atender a la disponibilidad general de la prestación del interviniente, en el sentido de que cuanto más cotidiana sea la actividad de favorecimiento más difícil será afirmar la punibilidad del partícipe⁶⁰⁶.

IV. Cooperación necesaria y complicidad.

La distinción entre cooperación necesaria y la complicidad. La pena del cooperador necesario.

Cuando junto con el deudor o administrador, de hecho y de derecho intervienen otras personas que no tienen esa cualidad y, por tanto, no pueden ser considerados autores, es esta distinción el primer problema que ha de tratarse y es el más común al que ha de enfrentarse la justicia, que no se plantea tanto la conceptualización dogmática de las distintas contribuciones, sino que, una vez probado tal auxilio, interesa si éste puede ser en la categoría de cooperación necesaria, o en la complicidad, lo que conllevará un distinto tratamiento penológico, pues el cooperador necesario será considerado autor a estos efectos y será castigado con la pena que corresponda a éste; mientras que la pena del cómplice es la inferior en grado a la prevista para el autor o autores.

La falta de interés en la categorización dogmática se transluce en el texto de las sentencias de nuestro Alto Tribunal en los años sesenta y setenta sobre el alzamiento de bienes, en las que se llama a los cooperadores necesario o

⁶⁰⁶ Ibid., p. 626

auxiliadores en el delito, autores o coautores, olvidando que nos encontramos en ese caso (igual que en el de la insolvencia fraudulenta) ante delitos especiales en los que el autor sólo puede ser el cualificado (deudor) y en los que el resto de intervinientes que no puedan ser conceptualizados como tales deudores, deben ser considerados partícipes⁶⁰⁷.

Esta distinción ya existía en nuestros Códigos anteriores y se mantiene en el Código penal de 1995 con la misma dificultad a la hora de delimitar uno y otro concepto. La principal herramienta ha de ser el tenor literal de los artículos 28⁶⁰⁸ y 29 del Código penal, que nos llevan a entender que, dado que el cómplices serán “los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”, la diferencia está en que se pueda considerar o no necesario el acto de cooperación, como puede suceder en unas capitulaciones matrimoniales fraudulentas o cuando un familiar o amigo se presta para ser parte de un negocio fraudulento o para que se pongan a su nombre bienes propiedad del deudor con operaciones de venta simuladas. La cuestión básica es pues la determinación del grado de cooperación y su necesidad en el hecho ilícito, lo que sólo podrá dilucidarse con respecto a cada

⁶⁰⁷ En MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 174 se citan varias sentencias, entre ellas la de 22 de noviembre de 1963: «previo concierto entre los procesados, uno de ellos sin ser deudor, para defraudar al perjudicado, constituye a todos los encartados en autores del delito de alzamiento de bienes, cualquiera que fuera la participación material que cada uno tuviere para la consecución del fin».

⁶⁰⁸ “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

delito y en cada caso concreto⁶⁰⁹, si bien relación con la prueba del delito será igualmente necesario probar la naturaleza simulada del negocio jurídico por el que se ha producido la salida del bien del patrimonio del deudor y la actuación con carácter doloso del cooperador, conociendo que participaba en una maniobra del deudor en perjuicio de sus acreedores, sin que sea necesario que se lucre con la operación y sin que tampoco pueda ser considerado un “tercero de buena fe” a efectos de la responsabilidad civil derivada del delito⁶¹⁰.

Incluso puede llegar a suceder que si este cooperador enajena el bien a su vez a favor de otro sujeto en una segunda transmisión puede instarse prueba para conocer si el adquirente en dicho negocio conocía la intención de defraudar a sus acreedores que tenía el deudor propietario del bien o si conocía el origen ilícito del mismo, en cuyo caso su conducta podría calificarse incluso de receptación⁶¹¹.

⁶⁰⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, M., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 407.

⁶¹⁰ JORGE BARREIRO, A., “El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2, 2003, p. 198, con cita de la STS de 5 de noviembre de 1999 en la que el Tribunal Supremo se enfrentó a un supuesto en el que la persona que vendió el camión a un tercero de buena fe, a través de una sociedad instrumental constituida al efecto, no era el primitivo adquirente del camión y, por tanto, carecía de la condición de deudor. Para solventar la laguna de punibilidad el TS argumenta, de un modo un tanto forzado y artificioso: «aunque es cierto que el acusado no fue en principio el deudor de los vendedores (...), siendo el alzamiento de bienes un delito especial que sólo puede tener como sujeto activo al deudor, no lo es menos que el acusado, habiendo abonado la única fracción del precio que recibieron los vendedores - lo que les pudo engañar sobre la intención de los compradores- y confeccionado el documento que el sirvió para incorporar el vehículo al patrimonio de su empresa - abusando de la firma en blanco (...) - se convirtió »ex delicto« -art. 1089 CC- en deudor de aquéllos solidariamente con los que primitivamente habían sido compradores. Y no puede ponerse en duda que el acusado, constituido ya en deudor, al ceder el camión en condiciones que convertían al adquirente en tercero de buena fe, frustraba el derecho de los vendedores a resolver el contrato y recuperar el objeto de la venta».

⁶¹¹ STS 4 de junio de 1957, 17 de noviembre de 1960 y 4 de abril de 1963.

Aunque el Código pene de modo idéntico al autor y al cooperador necesario, esto no significa que nuestro Código penal contenga un “concepto unitario de autor” y que todas las contribuciones al hecho delictivo sean valoradas igual, si bien, dicho lo anterior, no es menos cierto que la doctrina y la jurisprudencia entienden como una cuestión de justicia material sancionar con menor pena a quien no puede ser considerado autor en sentido estricto de un delito especial y de hecho, en la praxis jurisprudencial la solución pasa por considerar cómplice al cooperador a pesar de la relevancia de su actuación y la necesidad de la misma, en aplicación de criterios de merecimiento de la pena más que de consideraciones dogmáticas. Así, el que coopera con un acto necesario al alzamiento de bienes de un deudor puede ser considerado cómplice y ser castigado con la pena inferior en grado a la que corresponde al autor descrito en el tipo.

En relación a la cooperación necesaria y la complicidad habrá de descartarse la actuación a título de autor de los profesionales vinculados a la estructura societaria si, analizadas sus funciones y competencias, puede afirmarse que no son administradores de hecho o de derecho, en cuyo caso podrían ser considerados coautores. En el caso de que tal asesor sea manejado como un instrumento ciego nos encontraríamos ante un supuesto de autoría mediata, cuestión distinta al empleo de un instrumento que actúa dolosamente.

Son multitud los casos problemáticos en el caso de una empresa: el empleo de subordinados para cumplir tareas fuera de su ámbito de competencia; la delegación de funciones y competencias; nombramiento de representantes⁶¹²;

⁶¹² El representante legal es quien actúa por ministerio de ley o por designación del representado en el ámbito de un proceso; mientras que el voluntario recibe su poder de otra persona y tiene como base, en la mayoría de las ocasiones, el mandato. No se ha de confundir con el poder general para pleitos a favor de procuradores y abogados. Se cita habitualmente como representantes voluntarios, entre otros, al comisionista (art. 244 del Código de Comercio); el factor (artículo 281 del Código de Comercio) o mancebos (artículo 294 Código de Comercio).

cambios de personas responsables o sucesión de varios responsables a lo largo de un mismo proceso que desemboca en una insolvencia.

Es necesario insistir en no dar por sentada previamente la participación y presumir la colaboración de terceros, por muy próximos que estén a la actividad del deudor, siendo necesario que se den todos y cada uno de los requisitos para afirmar la cooperación necesaria o la complicidad, al tiempo que se distingue entre ambas clases de complicidad, a pesar de que la tendencia jurisprudencial muy notable y acentuada de calificar toda participación como cooperación necesaria⁶¹³.

Para NIETO MARTIN esta expresión ha sido la que ha venido a sustituir en nuestro derecho a las formas de complicidad específica que se preveían en los artículos 522 y 525 del Código penal de 1973 –muy criticadas por la doctrina por la confusión que producían y su inutilidad práctica–; pero la inmensa mayoría de la doctrina entiende que nos encontramos ante una expresión redundante y superflua una vez aprobado el artículo 31 del CP.

Las formas específicas de participación impedían en el delito de quiebra, al igual que sucede en el delito de imprenta en el que se delimitan los posibles responsables, una excesiva extensión de la responsabilidad, que podría suponer un obstáculo para el libre ejercicio del comercio⁶¹⁴.

Desde luego la expresión no puede considerarse fortuita toda vez que ya el legislador penal de 1983 introdujo el artículo 15 bis, del que es heredero el artículo 31 vigente, y por tanto, puede ser demasiado superficial tachar la expresión de despiste, por lo que NIETO MARTIN, con quien coincide el profesor CUSSAC, trata de buscarle un sentido y entiende que se trata de

⁶¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 150.

⁶¹⁴ Así lo mantiene VIVES ANTON, T., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 4 ed., Valencia, 2015, p. 901.

“castigar al deudor –o al administrador en los casos del art. 31– cuando se valga de un extraneus para ocasionar la insolvencia o agravarla sin aparecer él como autor de la misma”, con lo que se evitaría dejar impune al “*extraneus*” que no sea deudor, pues no podría ser considerado autor y, sin autor válido, tampoco partícipe; por tanto, esta fórmula permite salvar lagunas de punibilidad, siempre y cuando el “*extraneus*” actúe dolosamente en nombre del deudor y éste hay inducido en sentido estricto a aquél, pues en tal caso se invertiría el papel de cada uno en cuanto al hecho delictivo y el deudor sería partícipe como inductor en el delito cometido con dolo con su voluntad y capacidad intactas, pero inducido por quien reúne la cualificación exigida por el tipo. Esta exégesis evita interpretaciones excesivamente abiertas de figuras como la comisión por omisión para cubrir lagunas de impunidad en estos supuestos, lo que perjudicaría el principio de legalidad.

V. Actuación en nombre de otro

El artículo 31 del Código Penal⁶¹⁵ es en puridad una cláusula de extensión de la autoría, pero referida a un supuesto concreto consistente en que el autor del hecho actúa en nombre o representación de una persona física o jurídica sin la cualificación exigida por el delito especial propio correspondiente⁶¹⁶.

⁶¹⁵ La figura del artículo 31 tiene su origen en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en el posterior Anteproyecto de 1983, y fue derecho vigente a través del artículo 15 bis del Código Penal de 1973 a través de la reforma provocada por la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal 8/1983 de 25 de junio. El artículo 15 bis del Código Penal⁶¹⁵ en su redacción vigente desde el año 1983 hasta la aprobación del de 1995 no representaba una solución adecuada para el actuar en nombre de otro, pues se limitaba a la representación de personas jurídicas de manera expresa, cuestión criticada en la doctrina.

⁶¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 115.

No se busca realizar una extensión de la autoría basada en la responsabilidad objetiva de la persona a la que afecta, sino que se pretende superar el impedimento de los casos concretos en los que no concurren en el administrador o representante los elementos para considerarle autor, pero sí en la persona jurídica representada.

Era opinión mayoritaria de la doctrina anterior a las reformas de 2010 y 2015 del Código Penal, que este artículo no venía a solucionar el problema de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que, partiendo de la realidad de esa falta de responsabilidad, venía a solventar la laguna de impunidad que se producía cuando el que actuaba en nombre de una persona física o jurídica lo hacía sin concurrir en él las características personales exigidas para el sujeto activo en un delito especial propio; pues en él o en el órgano que actúa no concurren las cualidades que la ley exige, pero sí en la persona jurídica en cuyo nombre actúa.

La ley se refiere sólo a los elementos objetivos de la autoría, no se consideran los elementos del dolo o elementos subjetivos del injusto y, según la doctrina, han de entenderse incluidos los que provienen de relaciones jurídicas patrimoniales (deudor; obligación de entregar o devolver; acreedor); los que son consecuencia de una relación (administrador); los que son consecuencia de una situación procesal (concurrido); los que son consecuencia de una posición social con especiales deberes de cuidado imputados (productor, distribuidor, comerciante); obligaciones específicas del comercio (llevarza de libros; prestamista; librador); obligaciones fiscales (deudor tributario)⁶¹⁷.

Se trata de un intento de eliminar las lagunas de impunidad que se generan cuando ese deber especial incumbe a la persona física o jurídica y no al representante que realiza el comportamiento que infringe el deber, pues en los delitos especiales propios la autoría depende de que el autor de la acción sea

⁶¹⁷ Ibid., p. 125.

también el obligado por el deber especial cuya infracción es la base de la punibilidad, a la que se conecta por razón de su representación. En cambio, en los delitos especiales impropios el artículo 31 no tiene aplicación porque el sujeto no cualificado siempre puede ser autor del delito común.

En torno al alzamiento de bienes la doctrina y la jurisprudencia han facilitado claves que son de aplicación al delito de concurso fraudulento, pues son similares los problemas generales. Así, no hay inconveniente en aceptar la participación de extraños en esta figura especial, que podrán responder en concepto de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad, siempre y cuando realicen los actos correspondientes en relación al hecho típico de insolvencia. El “actuar en nombre de otro” permite castigar a aquel que, sin reunir las cualidades o condiciones exigidas para el autor del delito especial propio, es decir, sujeto activo, su actuación es pareja a la de éste⁶¹⁸.

Así, se justifica esta extensión con el principio de equivalencia. La exigencia por parte de la jurisprudencia de que el sujeto actúe, a la vez que ostente cargos directivos o de responsabilidad en el ente social, no era más que una forma de exigir los requisitos de la equivalencia a la que se hace referencia. La característica que hace equivalente el comportamiento de quien actúa en nombre de otro es el *ejercicio del dominio social típico en el sentido de ejercicio de dominio sobre la estructura social en la que el bien jurídico se protege especialmente*, asumiendo una posición de garante frente al propio bien jurídico, lo que implica que se trata de sujetos que en virtud de sus competencias dominan el ámbito de protección de la norma⁶¹⁹.

⁶¹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 147.

⁶¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, cit., p. 118. Y la STS núm. 234/2010 de 11 marzo. Explica en esta resolución el TS, que «Los actos del acusado Valeriano, que actuaba como administrador, en cuanto recibía cantidades para la adquisición de obligaciones hipotecarias, se desarrollaban en el marco del objeto social, y, como tales, no presentaban una especial peligrosidad para

Es especialmente relevante el papel de los asesores internos o externos a una sociedad, cualquiera que sea la índole de su asesoramiento para una empresa o una persona física. Es evidente que, al no ser deudores, no podrán ser considerados como autores o coautores, por lo que su responsabilidad habrá de encajarse en las figuras de participación y, dentro de estas, será posible encuadrarlas dentro de cualquiera de ellas siempre que se den los requisitos exigidos.

Dada la complejidad de las relaciones económicas existentes en el ámbito de la empresa se hace especialmente difícil diferenciar hasta qué punto existe asesoría y dónde existe la realización de otros actos ejecutivos que, habitualmente, se harán “en nombre y representación” del deudor; pero que implican la atribución de funciones distintas y múltiples a un mismo sujeto que pueden provocar la aplicación del artículo 31 del Código penal.

Dado que la inducción que requiere el artículo 28 CP es directa a ejecutar los hechos constitutivos de delito, por lo que se ha dicho que difícilmente se dará

intereses ajenos que exigiera una especial vigilancia. Los deberes que incumbían a los recurrentes se satisfacían con desempeñar sus propias conductas de forma correcta y con informarse de la marcha de la sociedad, pero no contenían una especial obligación de vigilancia de las actuaciones de los demás miembros del Consejo que alcanzara a todos los aspectos de su conducta e incluyera los delitos cometidos aprovechando sus actividades legales. Nada indica que el cumplimiento de aquellos deberes pudiera haber conducido al conocimiento de las actuaciones delictivas del coacusado, pues actuaba con apariencia de licitud y solo de forma oculta procedía a hacer suyas las cantidades recibidas. Dicho de otra forma, en la información ordinariamente disponible sobre la marcha de la sociedad, de la que los miembros del Consejo deben informarse diligentemente, no tenía que aparecer necesariamente nada que indicara la existencia de la acción delictiva.» Lo que viene a expresar el TS, en esta sentencia es que en una estructura empresarial jerárquica, los deberes de vigilancia sobre los miembros que están en una relación horizontal, son diferentes (menores) en relación con los que están en una relación vertical, pues para con aquellos sujetos en los que el sujeto se encuentra en la misma posición jerárquica (relación vertical), sólo hay deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (deber de información).”.

en un asesor, sea interno o externo, esa incitación al deudor a la realización de la insolvencia, por lo que no hay que dejar de señalar que la responsabilidad de un asesor a título de partícipe no exonera al deudor principal de responsabilidad penal, pues es él el verdadero autor⁶²⁰.

Sucede en la jurisprudencia que la teoría objetivo formal no casa bien, según se desprende de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, con el funcionamiento empresarial –como decimos con múltiples intervinientes, con relaciones jerárquicas, repartos de tareas, con delegaciones de competencias, obligaciones muy especificadas en algunos casos y muy genéricas en otros, etc.–, lo que lleva al Tribunal Supremo a comenzar a adoptar la Teoría del dominio del hecho (siendo el “caso Banesto” el caso paradigmático de aplicación de esta teoría) y evolucionar en el s. XXI hacia la aplicación de otras doctrinas, como la de la “ignorancia deliberada”.

Una de las razones para este desarrollo teórico es la generalización en este sector del Derecho penal de los delitos especiales, no siempre de idéntica naturaleza y sometidos a diferentes denominaciones por la doctrina, pero todos, como venimos diciendo, caracterizados por una exigencia relacionada con el autor para la tipicidad del delito. Otra razón es el hecho de que la empresa es una estructura orgánica claramente distinta al sujeto individual que puede interaccionar con otros para cometer delitos⁶²¹.

De no existir nuestro artículo 31 CP y no poder así imputar la conducta a la persona física que actúa como representante o administrador, la conducta quedaría impune, como consecuencia de que el sujeto que ejecuta la acción no reúne las cualidades para ser autor de acuerdo a la descripción del tipo. Con ello, se solucionó el problema de la falta de tipicidad que acontecía en estos casos.

⁶²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 149.

⁶²¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, p. 278.

VI. El autor en el delito concursal: el deudor

El sujeto activo del delito concursal es el deudor, es decir, la persona, bien sea física o jurídica que no pueda cumplir de manera regular con las obligaciones que le son exigibles. Nos referimos así al momento en que el sujeto activo se encuentra en una situación de insolvencia actual o inminente, si bien hay quien propone que la referencia a la situación de insolvencia debería sustituirse por el sobreseimiento general de todas las obligaciones⁶²².

La base del delito concursal es la relación entre el acreedor y el deudor, estando este último obligado a cumplir con la/s deuda/s que haya contraído con el primero. Esta es la principal razón por la cual este delito se configura como delito especial propio dentro de la normativa recogida en el CP.

La autoría en el delito concursal punible se rige por las normas generales del CP, una vez suprimidas en el CP de 1995 las referencias a la “complicidad específica” en los delitos de quiebra. Se trata de un delito especial propio⁶²³, derivado de la relación jurídica obligacional entre un sujeto deudor y otro acreedor.

Sólo será autor la persona que revista la cualidad de deudor, que es la cualidad exigida en el tipo, respondiendo los demás intervinientes, en su caso, a título de partícipes, y el criterio de imputación objetiva del injusto del autor será

⁶²² QUINTERO OLIVARES, G., “Insolvencias Punibles”, en Álvarez García, F.J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 742.

⁶²³ MARTÍNEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general.*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 112: “Pese a estar configurado como especial propio, el delito concursal es un delito de dominio y no un delito de infracción de un deber institucional, en virtud de lo cual el criterio de imputación del hecho al autor será el incremento del riesgo no permitido”.

la creación o el incremento de un riesgo no permitido para el patrimonio de los acreedores.

No sólo debemos entender como único obligado al deudor principal, sino que en esta obligación están también incluidos el responsable civil subsidiario por el delito, avalistas y fiadores, como deudores solidarios o subsidiarios.

La redacción del artículo 260 CP desde el año 1995 preveía que “*el que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos*” sería castigado con pena de prisión y multa cuando la insolvencia fuese “causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”.

La reforma del Código Penal del año 2003 afectó a este artículo únicamente para acomodar sus términos a la recién aprobada Ley 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, modificándose exclusivamente su punto primero que empezaba diciendo: “*el que fuere declarado en concurso será...*”.

La reforma del Código Penal del año 2015 ha sido mucho más profunda y ha transformado el artículo 260 en dos nuevos artículos 259 y 259.bis CP y, en lo que a este apartado interesa, ha sustituido la expresión “declarado en concurso” por la de “quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realizare alguna de las siguientes conductas”, al tiempo que ha desaparecido en este apartado primero del artículo 259 la referencia a “el deudor o persona que actúe en su nombre”.

Con ello, desaparece del tipo penal la condición objetiva de punibilidad de haber sido declarado en concurso, haciéndose únicamente referencia al estado de insolvencia “actual o inminente”. Debemos tener en cuenta que, pese a que desaparezca vinculación mercantil-penal a la que nos referimos, no hay duda de que, seguirá existiendo, al menos desde un punto de vista formal, como consecuencia de que, en el fondo, tanto en el plano mercantil como penal se vienen sancionando el mismo tipo de conductas.

Pese a ello, desde el punto de vista práctico, y pese a las similitudes de los elementos objetivos que se regulan en la LC y en el CP, no influye en el enjuiciamiento penal el hecho de que la insolvencia se haya calificado de un modo u otro en el procedimiento concursal, como tampoco habrá prejudicialidad penal a la hora de calificar el concurso.

El apartado tercero del artículo 260 CP preveía: “Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste.” La realidad es que la desvinculación de jurisdicciones no puede ser absoluta; para empezar, ya hemos visto que con la reforma del CP el juez penal tiene competencia para determinar cuándo existe una situación de insolvencia actual o inminente por parte del deudor, por lo que no podemos ver de qué manera un juez del concurso puede desvincularse de la conclusión a la que, en su caso, pudiera llegarse en sede penal⁶²⁴.

Las referencias específicas dentro de la descripción del tipo a “persona que actúe en su nombre”, se mantienen en la actualidad en la actual redacción del artículo 259 CP, pues transcribe el apartado 5 de este artículo 259 el contenido del anterior 260.3 CP, lo que choca con el sujeto señalado en el 259.1 CP: “quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente”⁶²⁵.

⁶²⁴ MARTÍN, S. y CORTÉS, J.P. “El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs El concurso punible”. *Diario La Ley*, nº 8618, Sección Tribuna, 5 de octubre de 2015, Ed. La Ley.

⁶²⁵ Así, la STS de 4 de febrero de 2009, castiga “*al que haya alcanzado dicha situación de crisis económica o insolvencia por una conducta dolosa realizada por el propio deudor o persona que actúe en su nombre, añadiendo que para graduar la pena, se tendrá en cuenta la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica*”.

VII. Participación del “*extraneus*”

En este aspecto surge el problema de determinar cuál es el tratamiento penal que debemos darle al tercero que lleve a cabo algún acto de ejecución en este delito, pues al tener la consideración de delito especial propio sólo será el deudor el que reúna las condiciones exigidas en el precepto recogido del CP.

En el tema referente a la catalogación de la actuación del “*extraneus*” se nos plantean dos posibilidades. En primer lugar, la no deseada de la impunidad, por no reunir las cualidades exigidas por el autor en el delito especial propio; por otro lado, no se le puede catalogar como autor, como consecuencia de que estaríamos ante un exceso de punibilidad, por lo que la solución acogida por la jurisprudencia ha sido la de descontar en la sanción impuesta al partícipe “*extraneus*” la atenuación en caso de que se produzca su actuación dentro de un delito especial propio.

Aunque el tratamiento del “*extraneus*” ha sido una cuestión muy controvertida en la doctrina y en la jurisprudencia, habiéndose aceptado finalmente, que el tercero *extranei* no podrá ser considerado como autor dentro de un delito especial propio, al no reunir las características y/condiciones que se exigen en el tipo, por lo que, en cualquier caso, responderá a título de partícipe.

En cuanto a su tratamiento punitivo, la participación de los “*extranei*” en los delitos especiales pudiera resolverse con una aplicación analógica de la atenuante; por ejemplo, cuando quien carece de la condición de deudor participa en el delito especial propio cometido por el concursado (“*intraneus*”), dicho sujeto habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia.

VIII. Comisión imprudente

Después de analizar la descripción del delito concursal que se recoge en el CP, podemos ver cómo no se justifica la clase o tipo de imprudencia necesaria para que surja el reproche penal. Así, debemos ver si sería justificado sancionar cualquier tipo de imprudencia, considerando el carácter de la intervención penal como última *ratio*.

Tal y como se recoge en la Ley Concursal, la culpabilidad del sujeto pasivo puede estar ocasionada tanto por dolo como culpa grave. En este sentido, a efectos de extrapolar este razonamiento al orden penal, que aquí nos interesa, podemos asemejar dicho elemento subjetivo de culpa grave a la imprudencia, tal y como la tenemos concebida.

Recordemos que la imprudencia grave se define habitualmente como la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado, o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado, que se concreta en una actuación con un elevado grado de peligro, incontrolable o controlable pero sin que el sujeto emplee ninguna o sólo muy escasas medidas de control. Para hablar de imprudencia grave tenemos que determinar, en primer lugar, cuáles son las normas de cuidado, y después precisar cuáles son las normas “elementales” de cuidado⁶²⁶.

En este sentido, la culpa grave supone, al igual que la imprudencia, una infracción involuntaria de la regla de conducta exigible al sujeto pasivo por infringir la diligencia más básica ya sea por negligencia, falta de atención, desidia, etc.⁶²⁷

⁶²⁶ FARALDO, P. “Vuelta a los hechos de la bancarrota: El delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº23, Sección Estudios, Segundo semestre de 2015, Ed. La Ley.

⁶²⁷ GARCÍA CRUCES, J.A., en ROJO, A., y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II. Ed. Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 2523.

Sobre el aludido precepto del CP, parece que esta interpretación no guarda proporción con las necesidades de tutela penal, y resulta incongruente con la tipificación de la imprudencia en otros delitos (homicidio, aborto y lesiones, arts. 142, 156 y 152 CP) más graves, en que resulta atípica la imprudencia leve. En consecuencia, entendemos que el acto imprudente deberá ser grave para ser típico⁶²⁸.

Podemos analizar el hecho de que las conductas que se recogen en el CP, por lo general, terminan siendo similares a ejemplos de actuaciones de administración desleal, delito tipificado en nuestro CP en el artículo 252 y, donde en cambio, no se recoge la posibilidad de comisión imprudente, al contrario de lo que ocurre con el delito concursal que está siendo objeto del presente trabajo.

Por último, sobre la conveniencia de la sanción por una actuación imprudente, debemos resaltar la cuestión de si, cuando dicha actuación termina ocasionando un procedimiento concursal, si no es conveniente que baste con la sanción establecida en dicho procedimiento con la sanción mercantil correspondiente, o merece que además sea perseguido por las correspondientes instancias penales.

IX. Deliberada ignorancia de la Ley

Resumidamente, esta teoría sostiene la equiparación en términos jurídico-penales del conocimiento efectivo por parte de un sujeto de la concurrencia en su conducta de los elementos objetivos de un determinado delito con aquellas

⁶²⁸ DE PORRES ORTÍZ, E., “El nuevo delito de bancarrota”. *La Ley Penal*, nº 120, Sección Estudios, junio 2016, Ed. La Ley.

situaciones en las que, pudiendo procurarse dicho conocimiento, el sujeto ha decidido intencionadamente no hacerlo⁶²⁹.

Su origen se sitúa en algunas resoluciones del siglo XIX tanto de Reino Unido como Estados Unidos⁶³⁰, si bien no sería hasta los años setenta del siglo XX que dicha teoría se aplicase extensamente en la jurisprudencia anglosajona en referencia a los delitos de tráfico de drogas, especialmente en los casos de transporte de la misma.

En el sistema jurídico penal español los supuestos en los que una persona renuncia deliberadamente a conocer determinadas circunstancias de su conducta, suelen reconducirse al dolo eventual, al contar el sujeto con un conocimiento básico suficiente para atribuirle tal forma de dolo.

Sucede que el número de resoluciones en que se hace referencia bien a la “ceguera deliberada” o a la “ignorancia deliberada” de la ley son cada vez mayores, lo que sólo se explica por la cuestionable pretensión de aligerar la obligación de motivar los juicios de inferencia que exige la determinación procesal de los elementos que configuran el dolo⁶³¹.

Esta figura tiene su relevancia en relación con la actuación de las personas físicas en el seno de una persona moral. La jerarquía y la cadena de mando pueden provocar situaciones en las que un subordinado reciba instrucciones de no hacer algo o se le prohíba realizar determinada conducta. En esos casos, el sujeto que ha renunciado a conocer no alcanza el nivel mínimo de conocimientos

⁶²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, cit., p. 255.

⁶³⁰ En Reino Unido *Regina v. Sleep* (1861) y en Estados Unidos *Spurr v. United States* (1899).

⁶³¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIRÓ LLINARES, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, cit., p. 244.

que exige el dolo eventual. Estos son casos de “ignorancia deliberada” en sentido estricto.

Estos supuestos suscitan cuestiones de interés en el ámbito de la imputación, pero, si bien no pueden incluirse en una imputación por dolo eventual, tampoco parece criminalmente adecuado tratarlos como imprudencias, pues quedarían impunes, lo que tendría un efecto negativo en relación con la delincuencia económica y de empresa.

En Estados Unidos, a pesar de las críticas doctrinales realizadas a esta figura y los intentos de reconducirla al dolo eventual, ha sido en este campo de la delincuencia económica y en el de los delitos medioambientales donde más se ha utilizado para solventar lagunas de impunidad no deseadas, hasta que en el año 2011 fue empleada por el Tribunal Supremo norteamericano para resolver una reclamación civil sobre patentes, quedando así confirmada su vigencia y actualidad.

En España se ha definido la “deliberada ignorancia” por la jurisprudencia como aquella situación en que el sujeto no quiere saber aquello que puede y debe conocer. Por tanto, se está afirmando que el sujeto ha de poder abandonar su conducta de ignorancia deliberadamente buscada y procurarse los conocimientos adecuados, si bien podría bastar la mera existencia de indicios o de una situación provocada que sólo puede tener como origen una actividad ilícita.

La ignorancia deliberada ha pasado a convertirse explícitamente en un auténtico sustitutivo del dolo eventual o en una modalidad aligerada de dolo eventual, hasta el punto de afirmarse en algunas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo posteriores al año 2000, que en estos casos de provocación del desconocimiento no es siquiera necesario acreditar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo para imponer una condena por delito doloso.

Así las cosas, el desconocimiento provocado ha alcanzado autonomía como un nuevo título de imputación subjetiva que únicamente se vincula con la

figura tradicional del dolo a efectos punitivos. O, si se quiere ver de otra manera, el dolo se ha ampliado a casos que no requieren el elemento cognitivo tal como este último se había perfilado tradicionalmente. Este proceso se ha desarrollado de forma simultánea a la ampliación de la presente doctrina a ámbitos de criminalidad distintos del narcotráfico o del blanqueo de las ganancias de dicha actividad⁶³².

No puede decirse que la trasposición jurisprudencial de dicha teoría permanezca pacífica en nuestro Tribunal Supremo, pues, de hecho, en un número reducido de resoluciones la propia Sala Segunda ha mostrado reticencias —e incluso ocasionalmente auténtico rechazo— ante esta nueva forma de imputación subjetiva.

En tal sentido destaca la STS de 20-6-2006, en la que se afirma, respecto de la propia idea de “ignorancia deliberada”, que *“tales expresiones no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe. La contradictio in terminis es evidente”*.

Más recientemente estas críticas se han reiterado porque se considera que no resulta adecuado el planteamiento a las exigencias del principio de culpabilidad, cuyo rango constitucional es indiscutible, llamándose asimismo la atención *“sobre el riesgo de que la fórmula de la “ignorancia deliberada” (...) pueda ser utilizada para eludir “la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual”, o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo”*.

Sin llegar a oponerse, pero siendo consciente de la autonomía doctrinal adquirida por la figura de la deliberada ignorancia como forma de imputación subjetiva respecto de las modalidades clásicas de dolo, la Sala Segunda también

⁶³² *Ibid.*, pp. 249-250.

ha intentado delimitar de manera más precisa su contenido y requisitos. En tal sentido conviene destacar de manera especial la STS de 2-2-2009, en la que se recogen los requisitos para su apreciación:

“1. ° Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido.

2. ° Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

3. ° Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal”

CAPÍTULO VI. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Con la reforma del Código, en 2010, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante PPJJ) y, en nuestro caso, un artículo 261 bis que dice que : “Cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este capítulo, se le impondrán las siguientes penas...” imponiendo a continuación diversas penas de multa, que desde el principio chocan con el sentido común, pues no parece que sea la sanción adecuada a una situación de insolvencia.

La incorporación a nuestro Sistema legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con motivo de la Reforma del Código Penal operada a través de la LO 5/2010, supuso, sin duda, una verdadera revolución en el ámbito no sólo de la dogmática penal sino también en la práctica forense⁶³³.

Tras la publicación de la LO 5/2010 se han sucedido las reformas y las normas de complemento, en concreto la LO 3/2011, la LO 6/2011, la LO 7/2012 y la LO 3/2015, así como, de modo muy especial, la reciente LO 1/2015, que resulta verdaderamente trascendental por la honda transformación que ha supuesto para extremos básicos del régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas⁶³⁴.

⁶³³ Afirma BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pp. 24 y ss., que nos hallamos ante una verdadera “tercera vía” con su propia y autónoma interpretación de los principios rectores del sistema.

⁶³⁴ Mientras que en el terreno de lo procesal será necesario atender a la LO 37/2011, de Medidas de agilización procesal, que reforma diversos preceptos de la LECrim, para adaptarla al enjuiciamiento penal de la persona jurídica, y al RD 1611/2011, de 14 de Noviembre, en materia de adaptación del Registro de antecedentes penales a la inscripción de las condenas sufridas por la persona jurídica.

A diferencia de quienes sostienen que las consecuencias accesorias contempladas en el art. 129 del Código Penal de 1995 ya suponían un inicio en esta materia, parece que nos encontramos ante una figura, a mi juicio, inédita como tal en nuestra legislación hasta esa incorporación en la reforma del Código penal del año 2010⁶³⁵, que supone la introducción del novedoso “*societas delinquere et puniri potest*”⁶³⁶.

A pesar de que la responsabilidad de las personas jurídicas tiene un origen perfectamente reconocible en numerosos sistemas que ya la han desarrollado en sus correspondientes legislaciones entre ellos un gran número de países próximos a nuestra cultura jurídica,⁶³⁷ llegó, sin embargo, a España de la mano de una afirmación no del todo ajustada a la realidad, como la de que eran los Instrumentos internacionales vinculantes para nuestro país, y en especial las disposiciones de la UE (Directivas y Decisiones Marco), los que

⁶³⁵ En esta línea GRACIA MARTÍN, J. “Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español”, pp. 168 y ss. Merece breve comentario en el contexto de los orígenes de esta responsabilidad, por su carácter peculiar dentro de nuestro ordenamiento, el efímero art. 31.2 CP, que no estableció una verdadera responsabilidad de la persona jurídica, sino, en palabras del Informe elaborado por el CGPJ al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2003: Informe emitido por el CGPJ respecto del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2003 que decía: “...*más parece privarse a la pena de multa de su carácter personal en cuanto a la persona que debe realizar el pago, que establecer propiamente la responsabilidad de la persona jurídica. Por ello, en realidad en el Anteproyecto no se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica.*”

⁶³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.50.

⁶³⁷ BACIGALUPO SAGESSE, S., “La responsabilidad penal” ..., pp. 314 y ss., como Holanda, Dinamarca, Bélgica, Francia o el mismo Portugal, por citar sólo algunos ordenamientos de la Unión Europea, y, fuera de ella, también en otros como Suiza, Chile, Colombia, Costa Rica, Honduras, México, etc.

imponían la presencia de este régimen de responsabilidad entre nosotros⁶³⁸, Afirmación que, como decimos y con carácter general, no puede tenerse por cierta puesto que no hace el legislador referencia al concreto texto internacional que impone tal obligación⁶³⁹ y se escamotea al oportuno debate lo que es en realidad una decisión de política criminal ordinaria⁶⁴⁰; obviando el legislador

⁶³⁸ Vid. apartado VII del preámbulo de la LO 5/2010: “*Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...).* Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”.

Del máximo interés en este extremo son también otras menciones a textos internacionales, especialmente de la ONU y de la OCDE, en CASANOVAS YSLA, A. “*Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados*”, Ed. Economist&Jurist, Madrid 2012, pp. 95 y ss.

⁶³⁹ Con alguna mínima excepción, lo único que se contienen son pronunciamientos insistentes acerca de la necesidad de aplicar, en un numeroso grupo de actividades delictivas, medidas verdaderamente “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*” frente a la presencia, en formas diversas, de las PPJJ en la comisión de tales ilícitos, que se producen en su seno o con motivo de su actividad, sea ésta genéricamente lícita o totalmente ilícita. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 50 y DE TOLEDO Y UBIETO, O., ADP 2009, pp. 108 y ss. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 Nov. 2010.

⁶⁴⁰ ORTIZ DE URBINA, I. “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)”, en *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, p. 277. Y en el mismo sentido, el propio contenido de la “justificación” de la enmienda presentada en el Congreso de los Diputados respecto del nuevo texto del art. 31 bis CP, con motivo de la elaboración de la LO 1/2015, donde concluyentemente se dice que “*Las Directivas UE imponen el deber de sancionar a las personas jurídicas en determinados supuestos per NO (sic) imponen*

una realidad patente como es que la Unión Europea no puede imponer una efectiva obligación de subsumir una conducta bajo la norma penal y es que los Estados miembros no deben establecer obligatoriamente un régimen de responsabilidad de naturaleza penal para estos casos⁶⁴¹, pudiéndose mantener regulaciones en las que se arbitran otra clase de soluciones en forma de consecuencias jurídicas derivadas de la infracción penal cometida por la persona física (art. 129 del Código Penal)⁶⁴² o la responsabilidad civil subsidiaria en ciertos casos (arts. 109 y ss. CP), que suponen una verdadera responsabilidad criminal autónoma. Es, por tanto, perfectamente válida, igualmente, una represión exclusiva del Derecho Administrativo sancionador como la que ya existe en ciertos casos en nuestro derecho nacional⁶⁴³.

que ese régimen sancionador tenga naturaleza penal”, Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, 10 Dic. 2014, p. 528.

⁶⁴¹ BACIGALUPO SAGGESE, S. “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *Diario La Ley* núm. 7541, 5 Ene. 2011, p. 1 y Nota 7. Si bien sí que deben ser considerados esos instrumentos como verdaderas “...manifestaciones de un determinado “clima político-criminal” a nivel internacional”, FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero”, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 70.

⁶⁴² Para CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., el art. 129 CP ya incorporaba, desde 1995, un sistema de responsabilidad penal de la Persona Jurídica, si bien con un carácter no autónomo de la misma, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 56.

⁶⁴³ Art. 130 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, “...podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas...”, y en sentido semejante art. 181 de la Ley General Tributaria, art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores o los arts. 11.3 y 53.3 de la Ley General de Subvenciones).

El sistema seguido por nuestra Legislación penal (art. 129 CP), con anterioridad a esta nueva regulación⁶⁴⁴ suponía la aplicación de consecuencias jurídicas, “*medidas coercitivas de carácter no sancionador*” para algunos⁶⁴⁵, a la entidad cuyo Administrador fuera, en tal condición, autor de un determinado delito, en forma de “*consecuencias accesorias*”⁶⁴⁶, además, desde la reforma del año 2003, de la responsabilidad directa y conjunta con aquel por la multa impuesta (art. 31.2 CP, hoy suprimido por la LO 1/2015), reforzado por la

⁶⁴⁴ Restringido hoy a aquellos supuestos de entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica.

⁶⁴⁵ GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Mir/Luzón, p. 38.

⁶⁴⁶ Muy semejantes en sus contenidos a las actuales penas aplicables a la persona jurídica. Artículo 129 CP: “1. *En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.”

aplicación, en su caso, de la responsabilidad civil subsidiaria asociada al ejercicio mismo de la acción penal (art. 120, apdo. 2º a 5º, CP)⁶⁴⁷.

Pues bien, a pesar de todo ello nuestro legislador adoptó la decisión de incorporar el nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas que en todo caso hay que ubicar dentro de la filosofía general del “buen gobierno” de las empresas⁶⁴⁸, evidentemente de alcance aún más amplio, y que en nuestro

⁶⁴⁷ Art. 120 CP: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.”

⁶⁴⁸ En este mismo sentido, ACACHO, A. y URÍA, A., hacen referencia expresa a los “Principios de Gobierno Corporativo de la CEOE de 1999”, revisados en 2004 y en revisión actualmente, así como el “Convenio para combatir la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales”, firmado por los países de la OCDE en Diciembre de 1997, y las “Recomendaciones en materia de anticorrupción”, emitidas en 2009, en “El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de “corporate

país comenzó a incorporarse a partir de la creación por el Consejo de Ministros, el 28 de Febrero de 1997, de una Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades Cotizadas”, que daría lugar al conocido como “Código Olivencia”, presentado al Gobierno de la Nación, el 26 de Febrero de 1998, seguido del Informe de la Comisión Aldama que, en Septiembre de 2002 trató de profundizar en los principios de transparencia, información y lealtad, equilibrados con el de diligencia, provocando una evolución de la legislación mercantil que sigue en nuestro días, pudiendo señalarse también un antecedente anecdótico en la jurisprudencia con la STS de 10 de Diciembre 1999, con referencia a la crisis del principio “*societas delinquere non potest*” que en ese momento estaba siendo cuestionado en diversos ordenamiento europeos⁶⁴⁹.

Cualquiera que haya sido la razón auténtica para tal reforma⁶⁵⁰, lo cierto es que se abren ante nosotros dudas interpretativas que requieren de una respuesta acorde con los planteamientos del resto de nuestro sistema punitivo, tanto procesal como sustantivo⁶⁵¹.

En efecto, de una parte la aplicación de las categorías clásicas de la teoría del delito, en aspectos tan esenciales como la acción, antijuridicidad o la

compliance” de las personas jurídicas”, Diario La Ley núm. 3328/2015, 19 de Mayo. 2015, p. 16.

⁶⁴⁹ LÓPEZ ASECIO, P., en *Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa*, CABEZUELA SANCHO, D. y otros, Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 760 y ss.

⁶⁵⁰ La lucha contra la delincuencia internacional y el establecimiento de un marco homogéneo en el ámbito penal internacional. BAJO FERNÁNDEZ M. en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 23.

⁶⁵¹ BAJO FERNÁNDEZ M. en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 21, y SSTs (Sala 4ª) de 18 de Febrero y 30 de Mayo de 1981 y 15 de Julio de 1982.

culpabilidad, propias e imprescindibles en la infracción penal, requiere, ante la presencia de esta nueva regulación, la elaboración de innovadores planteamientos adaptados a la situación creada por tan original realidad jurídica⁶⁵², en tanto que, de otro lado el desarrollo del debate, en el seno del procedimiento judicial, también va a ofrecer retos de difícil solución desde el respeto debido a los principios y garantías tradicionales de nuestro sistema de enjuiciamiento penal⁶⁵³ ya que los aspectos procesales relativos al ejercicio del derecho de defensa, el contenido y alcance del debate a propósito de esa especial responsabilidad de las personas morales, o el objeto de la actividad probatoria precisan ser replanteados en este nuevo escenario.⁶⁵⁴

A este respecto hemos de destacar cómo, desde el primer pronunciamiento jurisprudencial sobre esta materia⁶⁵⁵, en criterio reiterado por los que hasta hoy se han venido produciendo⁶⁵⁶, el Tribunal Supremo ha mantenido su criterio: “*Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse*

⁶⁵² No es esta la opinión de ROBLES PLANAS, “Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP”, *Diario La Ley* 7705, 211, para el que “...no cabe un modelo de responsabilidad penal para las personas jurídicas sin violar principios fundamentales del Derecho Penal” pues, según el mismo autor, el sistema seguido por nuestro Código Penal es “*sólo formalmente penal*”

⁶⁵³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, p. 71: “*La tensión entre las demandas de eficacia y los principios limitadores del poder punitivo del Estado es una de las cuestiones actuales más debatidas en el Derecho Penal al hilo del auge de la nueva criminalidad propia de un mundo globalizado*”,

⁶⁵⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor*, *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 Nov. 2010.

⁶⁵⁵ STS 514/2015, de 2 de Septiembre.

⁶⁵⁶ Especialmente SSTs 154/2016, de 29 de Febrero, y 221/2016, de 16 de Marzo.

acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

En el ámbito de la teoría del delito, cuestiones como la del fundamento mismo del Derecho Penal (“*ius puniendi*”) y la justificación de la sanción a partir de los objetivos de prevención general y especial, o la posibilidad de castigo de conductas de evidente carácter imprudente respecto de figuras penales concebidas por el Legislador con una naturaleza exclusivamente dolosa (*vid.* art. 12 CP⁶⁵⁷) o la de la aplicación de la comisión por omisión (art. 11 CP⁶⁵⁸) sobre el incumplimiento de ciertos deberes de garante y el tratamiento de todo ello en el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas habrán de ser abordadas desde una perspectiva teórica hasta hoy insólita⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Art. 12 CP: “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*”.

⁶⁵⁸ Artículo 11 CP: “*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.” (modificado por el art. único.8 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.).

⁶⁵⁹ “...es preciso desarrollar una teoría jurídica del delito o una teoría específica de imputación jurídico-penal para las personas jurídicas”, FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 68.

Todo ello sobre la base irrenunciable de la supervivencia de principios tales como el de la exclusiva responsabilidad por el hecho propio, la interdicción de la responsabilidad objetiva o la del “bis in idem”, por citar sólo tres de los más significativos de todos ellos, que no deberían sufrir merma alguna por el hecho de hallarnos ante un sujeto de tan especiales características como lo es la persona jurídica⁶⁶⁰, sin olvidar la innegable exigencia de que el sistema pueda “...dar respuestas que sean satisfactorias no sólo desde el prisma de las garantías, sino también eficaces desde la óptica de la prevención de conductas que lesionan bienes jurídicos importantes para la Sociedad.”⁶⁶¹

No se agotarán aquí todas las materias de este fenómeno legal en relación con otras cuestiones de gran importancia jurídica como la relativa a la oportunidad y eficacia de las penas aplicables y su determinación; las específicas repercusiones de la responsabilidad de personas jurídicas en la

⁶⁶⁰ “...es posible desarrollar, en el seno de la dogmática del elemento subjetivo (culpa y dolus), un enfoque penal funcional que no se oponga a los principios fundamentales del Derecho penal y del Estado de derecho y permita igualmente adaptar el Derecho penal al desarrollo actual de la sociedad”. VERVAELE, J. “Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*. p. 27. *Estudios de Derecho Judicial*. 115/2007, CGPJ.

Incluso algún autor considera no sólo que se trata de una exigencia a alcanzar que la RPPJ sea respetuosa con los principios básicos del Derecho Penal, sino que éstos principios tenderán a extenderse, por esta vía, al régimen general de cumplimiento empresarial en sus diversas facetas, más allá de la estrictamente penal pues “El Derecho Penal necesita seguridad jurídica y puede aportarla al sistema interno de prevención”, NIETO MARTÍN, A. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, p. 30.

⁶⁶¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*. p. 77. *Estudios de Derecho Judicial*. 115/2007, CGPJ.

selección de los tipos delictivos atinentes a estas y realizada por nuestro Legislador dentro de un criterio de “*numerus clausus*”; las características de las denominadas “*compliances*” o protocolos para el debido control de los integrantes de la organización respecto del análisis de la responsabilidad de las personas jurídicas, hoy contemplados ya con cierto detalle en nuestro Código penal tras la LO 1/2015⁶⁶²; todos ellos problemas de gran trascendencia, que se tratarán en cada apartado a lo largo de este estudio.

I. Los requisitos de la responsabilidad de las personas jurídicas

A partir de aquí vamos ahora a proceder al examen de los requisitos expuestos, como elementos integrantes del tipo objetivo de la responsabilidad de las personas jurídicas (en adelante también RPPJ), aunque muy próximos en algún caso a los aspectos subjetivos de esa misma responsabilidad, de los que nos ocuparemos con más detalle en el siguiente de los apartados de nuestro análisis.

Dos son las coordenadas a partir de las cuales se delimita en la norma la responsabilidad de la persona jurídica (en adelante también, PJ) que, por un lado, sólo puede referirse a la comisión de ciertas figuras delictivas de la Parte Especial y, de otro lado, tan sólo se origina cuando concurren los requisitos que vinculan a aquella con la conducta de la persona física (en adelante también, PF) autora del ilícito.

Con el primero de tales criterios nos encontramos ante la afirmación legal de que la responsabilidad de las personas jurídicas ha de referirse a alguno de los “*...supuestos previstos en este Código...*”, lo que claramente nos

⁶⁶² CAMACHO, A. y URÍA, A., *El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de “corporate compliance” de las personas jurídicas*, Diario La Ley núm. 3328/2015, 19 de Mayo 2015, p.16.

fuerza a remitirnos al catálogo de tipos delictivos contenido en el Libro II del CP⁶⁶³.

La literalidad de tales preceptos incorpora una fórmula uniforme del siguiente tenor genérico: *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable del delito..... se le impondrán las*

⁶⁶³ 156 bis (tráfico de órganos); 177 bis (trata de seres humanos); 189 bis (prostitución y corrupción de menores); 197 quinquies (acceso ilícito a datos y programas informáticos); 251 bis (estafa); 258 ter (Frustración de la ejecución), introducido por la LO 1/2015; 261 bis (insolvencias punibles); 264 quáter (daños informáticos), la numeración se altera por la LO 1/2015; 288 (delitos relativos al mercado y los consumidores y de corrupción privada, en la redacción dada por la reforma producida con la LO 3/2011, de 28 de Enero, Disposición Final 2ª); 302.2 (receptación y “blanqueo” de capitales); 304 bis.5 (financiación ilegal de Partidos políticos) introducido por la LO 1/2015; 310 bis (delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social); 318 bis.5 (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros); 319.4 (delitos contra la ordenación del territorio); 328 (delitos contra el medio ambiente); 343.3 (vertido de radiaciones ionizantes); 348.3 (actividades relacionadas con explosivos); 366 (delitos contra la salud pública referidos a medicamentos) introducido por la LO 1/2015; 369 bis (delitos relacionados con drogas tóxicas o estupefacientes); 386.5 (falsificación de moneda), introducido por la LO 1/2015; 399 bis (falsificación de tarjetas bancarias y cheques de viaje); 427 bis (cohecho), la numeración se altera por la LO 1/2015; 430 (tráfico de influencias); 510 bis (incitación al odio, etc.), introducido por la LO 1/2015; 570 quáter (organizaciones y grupos criminales y terroristas, en la redacción dada por la reforma producida con la LO 3/2011, de 28 de Enero, Disposición Final 2ª); 576.5 (financiación del terrorismo, con esta nueva numeración tras la LO 1/2015); así mismo, con la LO 6/2011 también se extendió esta clase de responsabilidad penal a ciertos supuestos del delito de contrabando. Y, a su vez, el art. 9 bis de la LO 6/2002, de Partidos Políticos, que incluye la RPPJ, tras la reforma operada por la LO 3/2015, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, y el art. 304 bis.5 CP, sobre financiación ilegal de los partidos políticos, tras la reforma de la LO 1/2015.

Vid. el completo análisis de estas figuras delictivas, en relación con los diferentes textos de la UE, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. “El cumplimiento por el Legislador Español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la Mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pp. 161 y ss.

penas de.....”, con ligeras variantes como en los supuestos de imposición de una única pena, en concreto la de multa, o las referencias genéricas a “...*los delitos cometidos en este Capítulo...*”, por ejemplo.

De esta manera se identifican, a lo largo del articulado, aquellos tipos penales en los que exclusivamente cabe la responsabilidad de la persona jurídica, con lo que nuestro Legislador opta por un sistema cerrado de enumeración taxativa de los ilícitos con potencialidad generadora de esta clase especial de responsabilidad, en todo semejante al sistema de “*crimina culposa*” seguido a partir del CP de 1995 respecto de la posibilidad de comisión imprudente, frente a la hipótesis de determinación judicial caso a caso (“*crimen culpae*”), vigente hasta la publicación del actual Código.

Por consiguiente, hay que tener claro que “*Un primer límite a la responsabilidad penal de la persona jurídica sería, por tanto, que no se pueda constatar que una persona física haya cometido una conducta típica o que, habiendo existido una conducta típica, ésta se encuentre amparada por una causa de justificación*”⁶⁶⁴, siempre que se trate de infracciones cometidas por personas físicas con capacidad para generar la responsabilidad de las personas jurídicas, a excepción de los delitos de insolvencia punible (261 bis CP), de blanqueo de capitales (art. 302.2 CP) y de financiación del terrorismo (art. 576.5 CP), son delitos de carácter doloso⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 91.

⁶⁶⁵ Respecto de los meros actos preparatorios algún autor sostiene, a mi juicio con pleno acierto, que “*Lo más conveniente parece ser entender que quedan fuera del ámbito del art, 31 bis los supuestos enormemente excepcionales de actos preparatorios cuando todavía no se ha dado principio a la ejecución del delito, especialmente en los casos del debido control por parte del administrador o*

Lo cierto, es que se desconocen los criterios seguidos para la elección de los supuestos delictivos generadores de responsabilidad y la exclusión de otros, porque no se nos ofrece en la Exposición de motivos de la norma referencia alguna a este extremo.⁶⁶⁶ Causando cierta perplejidad en tal sentido el por qué, por ejemplo, se considera posible y acertado derivar una responsabilidad penal para la persona jurídica en casos como los de pornografía infantil (art. 189 CP), de tan difícil ocurrencia en la práctica sobre todo si se llega a exigir que la acción ilícita haya de producir cierto “beneficio” para la persona jurídica⁶⁶⁷, mientras que, por el contrario, se exceptúan de esta responsabilidad los delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 y ss. CP), en especial en materia de siniestralidad laboral⁶⁶⁸.

representante legal ya que lo contrario supondría llevar las obligaciones de control demasiado lejos.”

⁶⁶⁶ En Holanda, por ej., rige el criterio de “*numerus apertus*”, de forma que, en principio, la RPPJ puede derivarse de la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en la Ley, al afirmarse, en el art. 51 del Código Penal desde 1976, con carácter general que “1. Las infracciones pueden cometerse por personas físicas o jurídicas...”, VERVAELE, J. “*Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?*”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, p. 26. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ.).

⁶⁶⁷ Cabría, no obstante, pensar en la posibilidad, que parece prácticamente de “laboratorio”, del supuesto en el que en una empresa dedicada a la producción de pornografía de adultos, y por ende lícita, alguna PF integrada en la misma incorporase productos de esta clase, “pornografía con menores”, con la finalidad de obtener un beneficio para esa PJ.

⁶⁶⁸ Art. 316 CP: “*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*”.

Por otro lado, algunos ámbitos de la conducta delictiva quedan fuera de esa responsabilidad de la persona jurídica, suscitando tal exclusión un número importante de serias críticas, como acontece, por ejemplo, con los delitos cometidos contra la flora y la fauna (arts. 332 y ss. CP) o los falseamientos de cuentas anuales o de informes económicos (arts. 290, 291 y 282 bis CP)⁶⁶⁹, sólo por citar dos ejemplos típicos de conductas delictivas con posibilidades claras de vinculación con la actividad de empresas y personas jurídicas, que sirven a su vez para explicar el por qué no son pocas las voces que se alzan contra este sistema de “*numerus clausus*” respecto de la infracciones penales en las que cabe la RPPJ y abogan por el “*numerus apertus*” y la posibilidad de que, en cada caso, el Juzgador penal pueda declarar, independientemente del delito de que se trate, la existencia o no de la responsabilidad de la persona jurídica⁶⁷⁰.

No hay que ignorar, no obstante, que una tal posibilidad, si bien ventajosa a fin de evitar las posibles omisiones cometidas en relación con la enumeración de supuestos legales, ofrece así mismo serios problemas para la persona jurídica, a la hora de elaborar e implantar los sistemas de control, por la excesiva complicación que esa ampliación de los supuestos objeto de los mismos supondría. En el fondo, un enfoque más correcto de la cuestión llevaría, más que a poner el acento en la pormenorizada enumeración de

⁶⁶⁹ “...que son, por regla, delitos cometidos por los administradores por cuenta o en beneficio de aquella (la PJ)”, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)*, Diario La Ley núm. 7442, 9 Jul. 2010, p. 6.

⁶⁷⁰ Por ej., RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”. Diario La Ley, núm. 7561, 3 de Feb. 2011, pp. 2 y 4. Y muy interesantes a este respecto, tanto en lo relativo a la polémica entre un catálogo cerrado de infracciones o una remisión general, con referencias propias del Derecho alemán, los comentarios de KUDLICH, H., “¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?”, en *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 289 y ss.

infracciones, a establecer, con carácter general, la “*Definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben ser respetados...*”⁶⁷¹.

En cualquier caso, como queda dicho, exigencia imprescindible para esta clase de responsabilidad es la de que nos hallemos ante un delito de los enumerados, cometido por la persona física vinculada con la persona jurídica en la forma en que vamos a ver a continuación⁶⁷² y, por supuesto, que se den así mismo los restantes requisitos precisos para el nacimiento de la responsabilidad de la persona jurídica que igualmente se analizarán en las páginas que siguen y que constituyen el segundo de los criterios para la delimitación de tal responsabilidad.

II. La persona física autora del hecho delictivo, presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica.

Según la propia dicción de la norma, para que el hecho delictivo sea precursor de la responsabilidad de la persona jurídica, el mismo ha de ser cometido por a) el representante legal o persona autorizada para tomar decisiones o que ostenta facultades de organización y control en la persona jurídica o b) quien esté sometido a la autoridad de los anteriores⁶⁷³.

⁶⁷¹ SIEBER, U., “Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en *El Derecho Penal económico en la era compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.75.

⁶⁷² Y esto cualquiera que fuere la posición que se adopte en la importante polémica que más adelante se abordará sobre si este hecho delictivo cometido por la PF ha de entenderse como un “hecho de conexión” dentro de la aplicación de un criterio de “atribución” de la RPPJ, o de un mero “hecho de referencia”, requisito o presupuesto previo ara la existencia de esa responsabilidad, pero considerada como propia e independiente de la PJ.

⁶⁷³ El delito cometido por la PF como “desencadenante” de la RPPJ, GÓMEZ-JARA DIEZ, C. *Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas*

1. *El representante legal o persona autorizada para tomar decisiones o que ostenta facultades de organización y control en la persona jurídica:*

La acción delictiva puede ser cometida por quien ostenta un poder de decisión o representación en la persona jurídica, lo que da lugar a una de las dos vías de imputación para ésta, con un carácter específico muy importante, puesto que supone una aproximación, controlable pero de indudable presencia amenazante, a lo que serían supuestos de RPPJ basada en una heteroresponsabilidad cuasi objetiva, lo que se justifica precisamente porque, siendo siempre la “puerta de entrada” de esa responsabilidad de la persona jurídica una actuación del administrador o del representante legal, bien por ser él quien haya cometido materialmente el hecho delictivo (primera vía de imputación) o por no haber ejercido el debido control sobre el subordinado (segunda vía de imputación)⁶⁷⁴, en el primero de tales casos resulta evidente la importancia de la delimitación de la figura de quien siendo considerado su representante o administrador tan directamente puede comprometer con su actuación a la persona jurídica, incluso tras la reforma operada en esta materia por la LO 1/20015, pues si el concepto de representante o administrador “...opera como una especie de “puerta de entrada de dicha responsabilidad”, en función de interpretaciones más restringidas o extensivas, dicha puerta puede acabar siendo un portón de entrada o el ojo de una aguja.”⁶⁷⁵.

Jurídicas, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, p. 484, o como “condición objetiva de perseguibilidad”, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. *Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuéllar*, 2006, p. 69.

⁶⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 93.

⁶⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de*

Así, inicialmente, por representante legal habría que entender, obviamente, quien actúa en representación de la persona jurídica con capacidad para vincular a ésta con sus actos.

Su designación para semejante función puede, en principio, venir determinada por un precepto legal, de forma directa o bien indirectamente, o como desarrollo de las normas sociales o estatutarias que le atribuyan esa capacidad de representación.

A los efectos del Derecho Penal, al concepto de representante ha venido otorgándosele un significado en el que predominan más los aspectos materiales que los formales.⁶⁷⁶ Así ocurre con el sentido que, en algún caso concreto, maneja la Jurisprudencia cuando, como en la STS de 25 de Octubre de 2002, refiriéndose a esta figura al interpretar el art. 31 CP, dice que: *“Cuando el art. 31 se refiere a representante o administrador, se está refiriendo a los órganos de la dirección o personas físicas que posean expresa y directamente facultades de gestión en el ámbito concreto en que se haya desenvuelto la actividad delictiva (posición de dominio) o que hayan impulsado ese comportamiento determinando como base para llevar a cabo la atribución de responsabilidad penal si sus actos (u omisiones equivalentes) son casos de autoría, inducción o cooperación al delito concreto cometido. Así pues, los términos representante o administrador que utiliza el art. 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen a la significación literal de los términos en cuestión”*.

Sin embargo, tal conceptualización ha de quedar cuando menos sometida a cuestión, ya que hemos de advertir que no es lo mismo este supuesto, el del art.

Junio, y 3/2011, de 28 de Enero, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 93.

⁶⁷⁶ Ibidem.

31 bis 1 a) CP, que el de la definición del alcance de un precepto, como el art. 31 CP, que versa sobre la determinación de la responsabilidad de la propia persona física cuando ocupa una situación representativa más allá de la base jurídica que la justifica⁶⁷⁷.

Por consiguiente habremos de entender que para integrar, como requisito preciso para la existencia de responsabilidad de la persona jurídica, que el autor del hecho delictivo sea, en realidad, un “representante legal” de la persona jurídica, resultaría necesario no sólo que el mismo actúe con cumplimiento de todas las exigencias, materiales y formales, exigidas para ser tomado como tal, sino además con una serie de características que nos sitúen dentro de una interpretación del término normativo respetuosa con el principio de legalidad y no extensiva. Por supuesto que esto no quiere decir que la conducta delictiva deba llevarse a cabo “en representación” de la persona jurídica en sentido estricto o que haya de suceder exclusivamente en una actuación no puramente representativa.

En definitiva, la exigencia ha de circunscribirse, exclusivamente, al hecho de que el ilícito sea cometido por la persona física que ostente legalmente ese carácter representativo, en su persona, cualquiera que fuere el

⁶⁷⁷ *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 93, que sostiene, aparentemente en contra de la anterior interpretación, que “*En principio, parece que los conceptos de administrador de hecho y de administrador de Derecho que se utilicen en este ámbito deben ser equivalentes a los ya manejados por la doctrina con respecto a la regulación de la actuación en nombre de otro (art. 31 CP) y los delitos societarios (art. 290 CP)*”, concluyendo en que “*Se irá produciendo necesariamente, por tanto, a lo largo del tiempo una interrelación interpretativa entre estas tres cuestiones de alcance diferente. La jurisprudencia deberá estar atenta a las consecuencias que puede tener el concepto de administrador que ofrezca en otros ámbitos cuando determine el concepto en el art. 31, en el 31 bis o en los delitos societarios.*”.

contenido de su actuación y su relación con las facultades que tenga atribuidas, siempre que, como luego se verá, dicha actuación se haya llevado a cabo “*en nombre o por cuenta*” de la persona jurídica, pues la Reforma de 2015 hace referencia también a la figura más genérica del “administrador: “*...por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*”.

Supone una mayor concreción, frente a la anterior designación del “administrador de hecho o de derecho”, aunque, por otro lado, dicha descripción amplía la previsión inicial del artículo 31 bis, en su redacción originaria de la LO 5/2010, al extenderse a todos aquellos que estén autorizados para decidir en nombre de la persona jurídica y también a aquellos con facultades de organización y control, en lugar de la anterior simple referencia al “administrador de hecho o de derecho”⁶⁷⁸.

Algún sector de la doctrina que defiende un concepto amplio de “representante”⁶⁷⁹, otros autores sostienen que por representante ha de entenderse exclusivamente, a estos efectos, “*...quien ejerce la representación*

⁶⁷⁸ Hay que tener en cuenta, a este respecto, que la Circular 1/2011 de la FGE entendió que “*...deben rechazarse las interpretaciones que busquen introducir en el concepto (representante) a aquellos sujetos titulares de alguna capacidad de decisión autónoma siempre supeditada a la dirección, supervisión o control de quien en realidad dirige la entidad. Como bien resume la STS num. 59/2007 de 26 de enero, el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento. Ello es así porque para que pueda hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica el legislador se remite a conductas propias o controlables por los verdaderos órganos de gobierno*”

⁶⁷⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal español” en *Revista Jurídica de Castilla y León* 2011, p. 58, nota 35.

general, no bastando a efectos de la responsabilidad penal de la persona jurídica cualquier persona que tenga algún poder de representación, sino que se ha de tratar de apoderados generales”.

La jurisprudencia⁶⁸⁰, en relación con la interpretación del art. 31 CP, proclama que “...el debido respeto al principio de legalidad lleva a erradicar extensiones del ámbito subjetivo más allá del sentido del texto legal. No solamente del penal, que no precisa demasiado, sino del mercantil. Bajo esta perspectiva resulta diferenciable la función de administración de las personas jurídicas de tal naturaleza, de las funciones de gestión de empresas propia de factores, gerentes, directores generales, etc.”.

No cabe duda de que si se parte de la idea originaria, hoy claramente matizada tras la LO 1/2015, de una responsabilidad de la persona jurídica fuertemente vinculada con la conducta de su representante o administrador, una interpretación restrictiva de ambos conceptos parece muy recomendable⁶⁸¹, pues no debe olvidarse que hasta el concepto vulgar de “directivo” no tiene por qué identificarse con el de un verdadero administrador o representante, a los efectos que aquí interesan, de la persona jurídica, ya que, según la literalidad del RD 1382/1985, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, tal figura viene definida como la del “...trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y

⁶⁸⁰ STS 606/2010, de 25 de Junio.

⁶⁸¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, p. 484.

administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.”⁶⁸²

Cuestión realmente difícil es la relativa a aquellos casos, en modo alguno insólitos en la práctica mercantil, en los que el “representante legal” de la persona jurídica sea, a su vez, otra persona jurídica. Evidentemente, en tales ocasiones, resultará difícil aplicar a la “representada” la responsabilidad acerca de un hecho cometido por una persona física que, en realidad, actúa por cuenta de la “representante”, por lo que en principio sería preciso considerar, para dotar al precepto de la suficiente eficacia práctica y evitar la elusión de su aplicación por esta fácil vía, que la responsabilidad derivada del delito cometido por esa persona física alcance, si concurren los restantes elementos necesarios para ello, a ambas personas jurídicas puesto que, en realidad, su actuación se realiza “en representación” de ambas (o sin el debido control, en su caso), si bien en forma directa, respecto de una de ellas, e indirecta, en relación con la otra⁶⁸³.

2. *Quien esté sometido a la autoridad de los anteriores.*

La segunda categoría de autor del delito causante de la responsabilidad de la persona jurídica sería aquella integrada por quien esté sometido a la autoridad de los representantes legales y demás sujetos a los que se acaba de

⁶⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 96.

⁶⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*; BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 98.

hacer referencia⁶⁸⁴, ya que la Ley sólo habla, en realidad, de la existencia de una relación de dependencia, subordinación o sometimiento, entre el autor del delito y los representantes o administradores de la persona jurídica⁶⁸⁵, donde tendremos que comenzar por observar que no se trata tanto de una relación laboral, o análoga, con la propia persona jurídica sino de vinculación vertical con otras personas, en concreto las que ostentan el protagonismo en la vida de la sociedad.⁶⁸⁶ Será la relación laboral con ésta el vínculo habitual que conduzca a la aludida dependencia jerárquica, pero con ello no se agota, ni con mucho, el contenido de esta figura⁶⁸⁷.

Hay autores que entienden que *“Si bien una lectura superficial podría dar a entender que sería posible extender la responsabilidad penal de la persona jurídica hasta toda conducta de persona que se encuentre sometida a algún tipo de influencia o indicaciones e instrucciones de los administradores o representantes legales, incluyendo empleados de otras empresas jurídicas, de acuerdo con el sistema establecido por el art. 31 bis sólo deberían ser*

⁶⁸⁴ Impropiamente, a mi juicio, se suele hacer referencia en este caso a los “empleados” de la PJ sin advertir que una identificación semejante resulta de todo punto errónea, toda vez que la expresión legal es considerablemente más amplia que ese término de “empleado” de tan frecuente uso cuando se aborda el tema de la RPPJ. Aunque a efectos prácticos, desde el punto de vista de la economía del lenguaje, tampoco hay inconveniente en aceptar dicho término, siempre que se aclare su imprecisión técnica.

⁶⁸⁵ Vid. por ejemplo. CARBONELL MATEU, J.C. Y MORALES PRATS, F., “Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 72.

⁶⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 104.

⁶⁸⁷ Contra esta opinión diversos autores como CABEZUELA SANCHO, D. “La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. Un nuevo escenario empresarial”, en *Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa*, Ed. Francis y Taylor, Madrid 2011, p. 25.

relevantes los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica penalmente responsable, es decir, los recursos humanos de la propia persona jurídica. Los empleados de otras personas jurídicas deberían generar responsabilidad penal sólo para las empresas jurídicas para las que materialmente (no sólo formalmente) trabajan. Si las personas jurídicas han sido reconocidas como sujetos de imputación no cabe otra posibilidad.” ⁶⁸⁸.

Pero se precisará la debida acreditación en el correspondiente enjuiciamiento, la vinculación de la persona autora del ilícito a la autoridad del representante o administrador, lo que se acomoda exactamente a la literalidad del precepto.

El argumento vendría a resumirse del siguiente modo: quien tiene la autoridad para controlar la constante adecuación a la norma del comportamiento del autor del delito, que en definitiva son los órganos rectores de la organización, debe responder de los hechos cometidos por los que de ellos dependen, cuando el ejercicio de ese control que les confiere precisamente su autoridad no se ha producido con la necesaria suficiencia para prevenir razonablemente la ejecución del ilícito. No supone una responsabilidad por el hecho ajeno, el de los encargados de implementar y hacer cumplir las medidas

⁶⁸⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 103, si bien en Nota (16) de esa misma p. 103 también leemos que “...no cabe duda de que un empleado sin un contrato laboral formalizado o en una situación de ilegalidad puede generar responsabilidad penal para la persona jurídica para la que trabaja. En definitiva, no se trata de si formalmente existe una relación laboral, sino a qué persona jurídica se encuentra adscrita una persona como recurso humano.”.

de control, sino por la propia autorresponsabilidad de la persona jurídica, como tendremos oportunidad de explicar más adelante.⁶⁸⁹

De ahí que la tan reiterada pregunta acerca de qué sucede cuando la infracción no fue cometida por el “empleado” o dependiente directo de la persona jurídica a quien se impute la responsabilidad sino por otro que dependa, a su vez, de una tercera persona jurídica que actúe, por ejemplo, en régimen de subcontrata respecto de aquella encuentre adecuada respuesta con la remisión a la constatación, en cada caso concreto, del grado de dependencia jerárquica, o de la posibilidad de control que los responsables de la primera de las organizaciones tengan realmente, en la práctica, respecto del autor del hecho enjuiciado.⁶⁹⁰

En definitiva, al hablar del “subordinado” como posible autor del delito precedente de la responsabilidad de la persona jurídica *“El tenor del precepto no exige una vinculación laboral en sentido estricto: basta con que en el desempeño de su actividad el autor del delito estuviese sometido a la autoridad e indicaciones de la persona jurídica, aunque la relación jurídica fuese un arrendamiento de servicios o un mandato o de cualquier otra naturaleza. El*

⁶⁸⁹ En este sentido y de entre la multitud de textos que de ello tratan, mencionemos el contenido de la obra de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., por ej. en *La culpabilidad penal de la empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

⁶⁹⁰ No comparte esta opinión FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 104, si bien añade que *“Cuestión distinta es que por la propia actuación de sus trabajadores una persona jurídica pueda responder penalmente (por ejemplo como partícipe) no por los delitos realizados por trabajadores ajenos, sino en relación a dichos delitos. En definitiva, la exteriorización (“externalización”⁹ de servicios o la distribución de productos a través de otras personas jurídicas sólo podrá generar responsabilidad penal para la persona jurídica delegante si alguno de sus propios empleados comete un hecho delictivo o participa en los delitos cometidos en la delegada.”*

legislador ha evitado una nomenclatura que restringiese la situación contemplada a lazos laborales. La persona jurídica puede ser responsable en virtud de la acción de dominio social; o por el publicitario al que se le confió una determinada campaña; o por el comercial que no está incluido en la plantilla, por señalar algunos ejemplos de relaciones no laborales pero en las que la actividad ha de sujetarse a las instrucciones y control de la empresa, que opere en el ámbito de actividad de la empresa.

que se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil. No existe inconveniente, por tanto, en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado, siempre que se halle integrado en el ámbito de dominio social.”⁶⁹¹.

III. Requisitos comunes a ambos supuestos de responsabilidad de la persona jurídica.

Además de las exigencias ya vistas para la existencia de responsabilidad de la persona jurídica, en orden a la necesidad de que el delito cometido sea uno de los expresamente citados en la Ley a estos efectos y de que su autoría corresponda a una de las persona física también mencionadas, existen, a continuación, unos nuevos elementos, comunes para ambos supuestos contemplados en el art. 31 bis.1 CP, que no son otros que los de que ese delito se lleve a cabo “por cuenta” y “en beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica. Se trata por lo tanto de dos requisitos distintos y de obligada

⁶⁹¹ DEL MORAL GARCÍA, A., “Responsabilidad penal de los Partidos Políticos”, Ponencia elaborada para el curso “La Financiación ilegal de partidos políticos” celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, p.12.

conurrencia doble y conjunta, según revela la conjunción copulativa “y” incluida entre ambas expresiones.

Estos requisitos son los que dotan a la actuación de la persona de una dimensión y trascendencia penal que, excediendo a su autor material, alcanza a la persona jurídica en cuya actividad, en nombre o por su cuenta se llevó a cabo la conducta ilícita. Es decir, que *“Si no están presentes estos requisitos sólo hay una conducta individual, pero no una “conducta colectiva o corporativa. Estos elementos de conexión que tienen que ver, por un lado, con la vinculación formal u orgánica a la persona jurídica y, por otro, con el provecho de la misma, no deben ser entendidos más que en este sentido y no se le debe conceder mayor relevancia que el de permitir excluir directamente y de partida supuestos en los que no cabe hablar de un “hecho corporativo” o de la persona jurídica, sino exclusivamente de una conducta que no encierra mayor dimensión que la individual.”*⁶⁹².

El primero de los referidos requisitos comunes, es decir, el de que el delito se produzca dentro de una actividad llevada a cabo *“por cuenta”* de la persona jurídica sobre la que proyectará la correspondiente responsabilidad, tiene el significado claro de que ha de existir esa vinculación de dependencia entre el actuar de la persona física y la persona jurídica, lo que, en términos de la autoría del representante, equivale igualmente, como se ha dicho, a actividad *“en nombre”* de la empresa⁶⁹³.

⁶⁹² FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 99.

⁶⁹³ Sobre el contenido del presupuesto de la “Actuación en el marco y naturaleza del empleo en el Derecho de EEUU”, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 238 y ss.

Supone la necesidad de acreditación por parte de la acusación, desde el punto de vista procesal. Es quien acusa, en definitiva, quien habrá de probar que el delito se cometió “*por cuenta*” de la persona jurídica.

Desde un punto de vista eminentemente práctico, es necesario que el empleado, o persona sometida a la autoridad de la persona jurídica, puede ejecutar un hecho delictivo “*por cuenta*” de la misma pero sin que con ello se derive responsabilidad, al menos penal, para ella si su actuación delictiva no se produjo en el curso de una actividad social, porque en esta ocasión se exige la doble concurrencia de ambas circunstancias: la comisión en el “*ejercicio de la actividad social*” y que se actúe “*por cuenta*” de la persona jurídica.

En cualquier caso, la expresión “*por cuenta*” de la persona jurídica siempre habrá de interpretarse como exclusión de que el acto se realiza “por cuenta propia”, o “a título personal”, sin vinculación alguna con la actividad de la persona jurídica o de la empresa.⁶⁹⁴

Al respecto, ha de destacarse, no obstante, la importancia de los supuestos de “extralimitación” en sus funciones por parte del representante o, esencialmente, del administrador, pudiendo distinguir, como tradicionalmente ha venido haciéndose en Derecho Penal, entre la “extralimitación formal” y la “material”. La primera cuando la actuación no se corresponde con ninguna de las facultades formalmente atribuidas y la segunda si, aunque dentro de esas facultades, contradice un criterio de política de la empresa.

Lo que lleva a algún autor a considerar la conveniencia de que “...*para entender acreditada la actuación en representación de la persona jurídica, se*

⁶⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 98.

exigiera que la acción el representante constituya la implementación de una política empresarial.”⁶⁹⁵.

El segundo de los términos que, como requisitos de la conducta del autor del delito para la existencia de la responsabilidad de la persona jurídica, mencionan ambos párrafos del art. 31 bis.1, es el de que el delito ha de haberse cometido “*en beneficio directo o indirecto*” (“*provecho*” según la redacción originaria anterior a la reforma de la LO 1/2015) de la persona jurídica que finalmente habrá de resultar también responsable del mismo desde el punto de vista penal⁶⁹⁶.

Con ello se excluyen directamente del ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, como es de todo punto lógico, aquellos supuestos en los que la persona jurídica es la víctima o perjudicada con la acción delictiva de la persona física, incluidos los casos de deslealtad hacia la misma.⁶⁹⁷

Las dudas interpretativas son muchas, la primera sería entender que ha de exigirse siempre algún tipo de “provecho”, o “beneficio”, propio para la persona jurídica, causalmente vinculado a la infracción delictiva, como requisito necesario para establecer su responsabilidad penal, y otra, bien distinta, que la actividad social inicialmente lícita, en el curso de la cual el

⁶⁹⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, p. 69.

⁶⁹⁶ Sobre el contenido del presupuesto de “*la intención de beneficiar a la empresa*”, en el Derecho de EEUU, *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 241 y ss.

⁶⁹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 100.

ilícito se lleva a cabo tenga una naturaleza o finalidad provechosa para la persona jurídica.

Lo cierto es que la literalidad de la norma no colabora especialmente a la obtención de una interpretación cuando menos uniforme pues, si bien parece claro que en el primer párrafo del precepto que analizamos el “beneficio” para la persona jurídica ha de provenir directa y exclusivamente de la acción delictiva misma (“...las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto...”), en el segundo supuesto la “beneficiosa” podría parecer que haya de ser la actividad en el transcurso de cuyo ejercicio el delito se ejecuta (“...en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas...”).

En cualquier caso, , hay ciertos ilícitos, como la insolvencia punible, en los que este problema no se suscita, como acontece con el delito contra la Hacienda pública en el que no es concebible la ausencia de “beneficio” para la persona jurídica como consecuencia de su comisión por la persona física⁶⁹⁸. Puede ser problemático la exigencia de la consecuencia provechosa como resultado no de la actividad ejercida en el seno de la empresa sino del delito cometido por la persona física.⁶⁹⁹ También serían problemáticos aquellos más alejados de la actividad lícita normal de cualquier empresa, como la

⁶⁹⁸ Sin embargo, como ejemplo ilustrativo de todo lo que acaba de exponerse, en orden a otras hipótesis polémicas, podría citarse el caso del empleado, representante o administrador de una empresa dedicada a la prestación de servicios con instrumentos y contenidos informáticos que, en el ejercicio de su actividad ordinaria en el seno de ésta, ejecuta conductas tipificadas como delito de distribución de pornografía infantil.

⁶⁹⁹ Esta es, por otra parte, la opinión prácticamente unánime de la doctrina, que en realidad parece que ni se plantea esta duda interpretativa. *Vid.* también, en este sentido y como ejemplos, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 100.

distribución de pornografía infantil del anterior ejemplo, puesto que, si prestamos la debida atención, buena parte de los tipos contenidos en el inventario legal de aplicación a la responsabilidad de la persona jurídica, como el referido delito fiscal, infracciones contra el medio ambiente, etc., son difícilmente concebibles sin la producción, directa o indirecta, de un “*beneficio*” empresarial como consecuencia de su comisión.

Finalmente, en relación con este extremo polémico, cómo el texto introducido por la LO 1/2015 no modificó las referencias a la necesidad de que el ilícito se cometa, según los casos, “*en nombre o por cuenta*” o “*en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta*” de la persona jurídica, pero sí que lo hace, y de forma que como puede comprenderse fácilmente, tras todo lo que se acaba de decir, resulta de notable interés, con la expresión “*en provecho*”, que se ha sustituido, en ambos supuestos, por la de “*en beneficio directo o indirecto*” de la persona jurídica.

De modo que parecería confirmar el Legislador, al efectuar semejante rectificación, la anterior interpretación restrictiva, puesto que no se estaría ya tratando de un genérico “*provecho*” para la persona jurídica, como consecuencia de la actividad desarrollada por la persona física, sino de algo más concreto como lo es un “*beneficio*”, si bien extendiendo el mismo a la posibilidad de que pueda ser incluso “*indirecto*”.

La segunda cuestión interpretativa importante a este respecto es la del criterio, objetivo o subjetivo, con el que habrá de valorarse la existencia de este elemento del “*beneficio*”. Se trata de determinar si bastaría con la intención del autor de beneficiar a la persona jurídica con la comisión del ilícito o si, por el contrario, es necesaria la existencia objetiva del beneficio para la empresa⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 100.

La mayor parte de la doctrina es partidaria del criterio objetivo⁷⁰¹, en coincidencia también con la Fiscalía General del Estado pues “...si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido (el subjetivo), probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar o para beneficiar. La apelación a un elemento subjetivo así definido conllevaría además serias dificultades de prueba, no estando claras por otra parte las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja”⁷⁰².

El hecho de que la persona física actúe tan sólo movida por la obtención de un beneficio para sí, no excluye tampoco la responsabilidad de la persona jurídica si, a pesar de ello, ésta resulta finalmente también beneficiada, con base en las mismas razones expuestas de la exclusión de la influencia de los móviles personales de la persona física respecto de la responsabilidad de la persona jurídica⁷⁰³.

“Las intenciones o las motivaciones de la persona física son irrelevantes con respecto a requisitos que convierten objetivamente el

⁷⁰¹ Ibidem.

⁷⁰² Circular de la FGE 1/2011, p. 42.

⁷⁰³ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, núm. 1 del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103, 2011, p. 88; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, p. 69; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 101.

*hecho en un hecho no meramente individual sino en un “hecho de la persona jurídica”*⁷⁰⁴.

Aspecto más polémico es, sin duda, el relativo a aquellos supuestos en los que un inicial beneficio para la persona jurídica pueda, a la larga, convertirse en un perjuicio, incluso grave, como las posibles repercusiones en su reputación como consecuencia del procedimiento penal que se le siga.

En tales casos, comparto la opinión de que “...no hace falta que a la larga la actuación represente un beneficio para la persona jurídica, sino que incluso puede acabar siendo perjudicial para la persona jurídica una vez depuradas todas sus responsabilidades. Por ello basta con que objetivamente se pueda entender que la conducta tenía el sentido o la tendencia de alcanzar algún beneficio para la persona jurídica, al menos a corto plazo, con independencia de que finalmente no se logre obtener el provecho por razones ajenas a la persona física”⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 101.

En la misma línea DE LA CUESTA, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, p. 13; GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 201, p. 87, o ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)”, *La Ley*, 5/2010, 22 de Junio, p.4. Y, también, la CFGE 1/2011, p. 43.

Sin embargo, en contra GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, p. 487.

⁷⁰⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 101.

En este sentido es muy ilustrativo lo que indica la STS 154/2016, de 29 de Febrero, en línea con los criterios expuestos en la Circular de la FGE 1/2016.

“Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de “provecho” (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a “beneficio directo o indirecto”) para la entidad.

Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates.

Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de “provecho” (o “beneficio”) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

Dice a propósito de ello la reiterada Circular de la Fiscalía que “La sustitución de la expresión “en su provecho” por la de “en su beneficio directo o indirecto”, conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad” (Conclusión 3ª).

De modo que cuando, como en el caso que nos ocupa, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no

es que favorezcan la subsistencia de la entidad sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa “pantalla” constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica.

A mayor abundamiento, incluso en el caso de la igualmente condenada TRANSPINELO S.L., cuya existencia iba más allá de la exclusiva utilización para cometer el delito contra la salud pública de la persona física, advertimos también cómo el hecho del transporte ilícito de la sustancia oculta en las máquinas redundaba en la reimportación de las mismas, que volverían a integrarse en el patrimonio de la Sociedad y, en consecuencia, a estar a su disposición, lo que, independientemente de que eso finalmente hubiera llegado a producirse, o no, tras su incautación en Venezuela, constituía, sin duda, una expectativa provechosa a favor de la entidad, por lo que puede afirmarse que el ilícito, al margen de otros objetivos, propiciaba un indudable beneficio para dicha persona jurídica.

Pues reiterándonos, una vez más, en el contenido de la Circular 1/2016 (pág. 17):

“El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y “en su provecho”. Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo.

La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de

factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.”

Y más adelante:

“La nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella.”

De otra forma, una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas como la presente, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito contra la salud pública.

Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de

control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica.”

En cualquier caso, lo que sí que puede afirmarse, a partir de la evidencia que refleja el texto anterior, es la importancia que, sin duda, habrá de tener este extremo, requisito imprescindible para declarar la responsabilidad de la persona jurídica, en los procedimientos en los que se debata esta clase de responsabilidad y cómo el mismo será uno de los puntos capitales para la defensa de la entidad, especialmente en cierta clase de delitos”.

IV. Requisitos diferenciales de los supuestos de responsabilidad de la persona jurídica.

Tal y como hemos reiterado, a pesar del intento por mantener una cierta uniformidad sistemática en la interpretación del régimen de la responsabilidad de la persona jurídica independientemente del carácter del sujeto autor del delito del que la misma nazca (representante y administradores o persona subordinada a éstos) lo cierto es que, salvo los elementos que claramente son comunes a ambos supuestos del art. 31 bis. 1, como la necesidad del “beneficio” para la entidad que se acaba de analizar, otros aspectos ofrecen matices que los distinguen.

Así, al margen de algunos elementos de menor importancia, dos eran los elementos que claramente marcaban, antes de la reforma de la LO 1/2015, la diferencia entre la estructura de las conductas que pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica a partir de su distinta autoría.

Así, en primer lugar, ya hicimos referencia a la distancia que entre una y otra establece el que, de tratarse de la comisión por el representante o administrador basta con que éste actúe “*en nombre*” de la persona jurídica, mientras que el delito cometido por el dependiente lo ha de ser “*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta*” de la misma.

Lo que, a su vez, remite a otro aspecto, el más esencial para este análisis, a saber, la referencia al “debido control” como idea central para valorar la responsabilidad de la persona jurídica, que parecía aplicable, inicialmente al menos y de acuerdo con la literalidad estricta del precepto (LO 5/2010), tan sólo al caso de la conducta delictiva llevada a cabo por el empleado o dependiente⁷⁰⁶.

Es este un extremo, como decimos, de capital importancia y que según diversos autores marcaba una línea definitiva para deslindar uno y otro supuesto, hasta el punto de que nos llevaría a tener que afirmar la existencia de dos verdaderos y autónomos regímenes de responsabilidad de la persona jurídica⁷⁰⁷.

En tal sentido observamos cómo en tanto que la mera actuación, de relevancia delictiva, realizada por el representante o administrador en nombre de la persona jurídica a la que representa o gestiona, pasaba a integrar, de forma al menos aparentemente automática, el requisito previo y único para el

⁷⁰⁶ Así, CABEZUELA SANCHO, D., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un nuevo escenario empresarial”, en *Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 23, que además considera que “...tiene toda lógica, porque es precisamente en estos cargos donde reside la representación legal de la entidad, y en puridad, cuando ellos actúan, la entidad misma actúa a través de ellos”.

⁷⁰⁷ Este era esencialmente el criterio interpretativo seguido por la CFGE 1/2011.

nacimiento ulterior de la responsabilidad de la persona jurídica⁷⁰⁸, lo que supone el riesgo de exposición a una grave situación de responsabilidad objetiva de la persona jurídica⁷⁰⁹, para el segundo de los supuestos incluidos en el precepto, cuando la persona autora de la infracción fuera el empleado o dependiente de la persona jurídica sometido a la autoridad de los sujetos ya citados, resultaba necesario constatar que existió un defecto de “control” sobre estos autores que posibilitó la comisión del ilícito.

Se trata, evidentemente, de un tema que habrá de resultar vertebral en el enjuiciamiento de la responsabilidad de la persona jurídica y al que se referirá esa actividad trascendental, a la que volveremos a aludir, del instrumento denominado “*compliance*”, protocolo de cumplimiento o de control, dentro de la persona jurídica, tendente en concreto a establecer los oportunos mecanismos de vigilancia para prevenir y evitar la presencia del delito en el seno de la misma⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ Sin embargo, para FEIJOO SÁNCHEZ, B., analizando la versión originaria del art. 31 bis CP, “...en caso de que un administrador o representante legal o un número reducido de administradores o representantes legales cometieran el hecho delictivo, dicha actuación podría no considerarse un injusto de la empresa que genere responsabilidad penal de la persona jurídica siempre que se hayan desarrollado estrategias de gestión o modelos organizativos tendentes a evitar eficazmente este tipo de situaciones”, *Estudios sobre la reforma del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 106.

⁷⁰⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Fundamentos de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, p. 485.

⁷¹⁰ Lo que resulta, en todo caso, imprescindible puesto que “...para un derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico, fundamentador (junto a la culpabilidad) de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su hecho propio y no por el inevitable hecho de referencia”, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dtor.) y DE LA MATA BARRANCO, N.J., (Coord.), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el

Es necesaria la constancia de esa ausencia del “control” debido, hoy en relación tanto con el delito llevado a cabo por el sometido a la autoridad como por el propio representante, a partir de la reforma de la LO 1/2015, que en este punto resulta trascendental⁷¹¹. Y en este sentido dice la STS 154/2016:

“...el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por

Derecho Español” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 70.

⁷¹¹ También se pronunciaba a favor de una interpretación similar, incluso con la norma precedente, LASCURAÍN, J.A., “Compliance, debido control y unos refrescos”, en *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 120.

éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.”

El siguiente interrogante se suscita a propósito de determinar con qué criterios ha de valorarse la suficiencia, o no, de dicha función de “control” a fin de que pueda deducirse cabalmente la responsabilidad de la persona jurídica.⁷¹²Y para ello, a su vez, resultará imprescindible marcar los límites de las posibilidades de controlar a sus dependientes que nuestro ordenamiento otorga a la persona jurídica, porque, lógicamente, no podrá exigirse semejante responsabilidad con base en incumplimiento de facultades que la propia Ley no le permite⁷¹³.

⁷¹² Función de “control” que, de incumplirse, puede ser asimilada a una especie de “culpa in vigilando”. Entre muchos, CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., “Responsabilidad penal de personas jurídicas”, en “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, F.J. Álvarez García y J.L. González Cussac (Dtores.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 63.

⁷¹³ *Vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., “Compliance y derechos del trabajador. Especialmente derecho a la protección de datos y whistleblowing” y MASCHMANN, F.,

Como punto de partida obligado de la valoración propia de esta clase de enjuiciamiento siempre habrá de tenerse en cuenta esta delimitación de las posibilidades de interferencia de los instrumentos de “control” en la actuación del trabajador con la finalidad exigida de prevención y evitación de la comisión de delitos que en el mencionado supuesto de la utilización de lo informático ofrece hoy unos claros pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la materia que le es propia, de cara a la persecución y acreditación de las posibles infracciones laborales⁷¹⁴ e incluso del propio Tribunal Constitucional⁷¹⁵, estableciendo unos criterios claramente permisivos respecto de esa amplitud del control ejercido por el empleador, en tanto que dueño de la herramienta informática y del tiempo de actividad retribuida de su empleado, usuario de tales instrumentos.

Mientras que la Sala de lo Penal del mismo Alto Tribunal se ha pronunciado⁷¹⁶ en un sentido restrictivo, en cuanto al valor probatorio de la información obtenida mediante una intervención de los mensajes electrónicos, siempre que se encuentren en curso, a la que niega ese valor de prueba válida por carecer de la necesaria cobertura y control judicial (art. 18.3 CR), si bien exclusivamente en lo que al enjuiciamientos de delitos se refiere.

Se trata de una situación paradójica y contradictoria, al menos aparentemente, que podemos concretar en los siguientes puntos:

“Compliance y derechos del trabajador”, en “Compliance y teoría del Derecho Penal”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁷¹⁴ SSTs (Sala 4ª) de 26 de Septiembre de 2007, 1 de Marzo y 28 de Septiembre de 2011, entre otras..

⁷¹⁵ SSTC 17 de Diciembre de 2012 y 7 de Octubre de 2013.

⁷¹⁶ STS de 26 de Junio de 2014.

1º.- El valor probatorio, en el terreno laboral, de las informaciones obtenidas como consecuencia de controles llevados a cabo por el empleador sobre todo el contenido del ordenador de su empleado.

2º.- La ausencia de ese valor en orden a la acreditación de la comisión por el empleado de una infracción delictiva, siempre que se trate de una intervención de correo electrónico en curso (no abierto por el destinatario) y que se carezca de autorización y control judicial.

3º.- Todo ello supone que la actuación del empresario en tal caso es plenamente factible y sin ningún carácter delictivo, pues su práctica está admitida por la jurisdicción laboral, pero la información con ella obtenida carecería de valor alguno como prueba en un procedimiento penal, al no disponer de autorización y control judicial.

Por lo tanto, valga el anterior ejemplo para evidenciar que una primera cuestión a la hora de valorar la dimensión real de este elemento típico de la conducta infractora de la persona jurídica, habrá de ser la de la determinación de las posibilidades y los límites de las facultades de control que corresponden a la misma, dado que éstas no son en modo alguno ilimitadas⁷¹⁷.

Debe establecerse el grado de suficiencia de ese exigible “control”, al margen de la efectividad del mismo en el caso concreto pues, de no hacerse así, correríamos, como más adelante se verá, un claro riesgo de introducir, en estos casos, una suerte de responsabilidad automática, objetiva, evidentemente proscrita en nuestro sistema penal, por el solo hecho de la existencia del delito cometido por la persona física.

⁷¹⁷ En este sentido numerosos autores, que más adelante se citarán. Entre ellos, LASCURAÍN, J.A., “Compliance, debido control y unos refrescos”, en *“El Derecho Penal económico en la era compliance”*, Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 125.

Frente a todo ello pretende salir al paso, precisamente, la reforma de la LO 1/2015, cuando procede a una entera modificación de lo que en la actualidad es el contenido del apartado 1 del artículo 31 bis para convertirse en un nuevo 31 bis dedicado exclusivamente a describir las exigencias legales necesarias para atribuir responsabilidad a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, administradores o personal subordinado a los mismos, a partir de la existencia, o no, de esos mecanismos de control, tanto sobre el primero como el segundo de los grupos de las personas físicas citadas⁷¹⁸.

Enumeración de requisitos exhaustiva, de dudoso acierto técnico legislativo que no es el caso de abordar en este momento por encontrarse todavía pendiente de interpretación jurisprudencial y toda vez que será objeto de análisis de nuevo más adelante, que, en cualquier caso, aporta elementos de valoración vinculados con un enjuiciamiento “culpabilístico” de la responsabilidad de la persona jurídica, que le distancian del peligro de anteriores interpretaciones excesivamente “objetivistas” como la seguida por la citada CFGE 1/2011 y la STS 154/2016:

“No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la

⁷¹⁸ Así, en el Preámbulo de la LO 1/2015 leemos: *“La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”.

Ley” (pág. 39), “cultura de cumplimiento” (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona

jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que “...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la

inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Pues bien, como ya se dijo y centrándonos en el caso presente, la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en TRANSPINELO hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica.”

CAPÍTULO VII. LAS PENAS DEL ARTÍCULO 259 CP

Examinaremos, a continuación, la evolución legislativa en materia de sanciones correspondientes a las conductas tipificadas como constitutivas de los delitos de insolvencia punible, ámbito que en el vigente sistema punitivo se configura en torno a la persona física, al deudor individual, en los Arts. 259 a 261, limitándose el Art. 261 bis a consignar las penas de multa a imponer a la persona jurídica que, de conformidad con el Art. 31 bis, sea responsable de los delitos de insolvencia punible, siendo así, por otra parte, que la previsión de la comisión imprudente de dichos delitos se incluye en la esfera de la responsabilidad de la persona física en el Art. 259.3 y se sanciona con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses⁷¹⁹.

Como precisión de carácter general, frente a los códigos anteriores, el de 1995 contiene de modo sistematizado consecuencias jurídicas del delito, accesorias, para las personas jurídicas, si bien tales consecuencias no se consideran penas y no se declara expresamente la eventual responsabilidad criminal de dichas personas jurídicas, situación legal vigente hasta la reforma efectuada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22/Junio, como a continuación analizaremos.

⁷¹⁹ Sostiene EVA MARIA SOUTO que uno de los cambios más llamativos es la inclusión de conductas que no presuponen la declaración de concurso o su admisión a trámite, el antiguo delito de favorecimiento de acreedores hacía referencia a que el concurso estaba solicitado, mientras que para el 260 ya estaba aprobado y en marcha por el dictado del auto de admisión a trámite y declaración de concurso. SOUTO GARCÍA, E.M., “Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995”, 2008, Universidad de Coruña, La Coruña, p. 20

I. Los más relevantes textos del CP que precedieron a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Examinaremos someramente las penas señaladas al delito de insolvencia en los textos de 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973.

A) El **CP de 1870** (Arts. 542 a 544) consignaba penas que oscilaban entre la de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y la de presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado mínimo.

El Art. 539 disponía una circunstancia atenuante y otra agravante específicas: En los casos de los dos artículos precedentes, si la pérdida ocasionada á los acreedores no llegare al 10 por 100 de sus respectivos créditos, se impondrán al quebrado las penas inmediatamente inferiores en grado á la señalada en dichos artículos.

Cuando la pérdida excediere del 50 por 100 se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en los dos mencionados artículos.

B) El **Código Penal de 1928** (Arts. 718 a 720) imponía penas desde tres meses a dos años de prisión hasta dos años a seis de reclusión.

C) El Código Penal de 1932 imponía al concursado no comerciante y a los comerciantes, aunque no estén matriculados, si ejercieren habitualmente el comercio, penas desde la de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo hasta la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Si la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare al 10 por 100 de sus respectivos créditos, se impondrán al quebrado las penas inmediatamente inferiores en grado a las señaladas en dichos artículos, y cuando la pérdida excediere del 50 por 100 se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en los dos mencionados artículos.

D) El CP, **Texto Refundido de 1944**, aprobado y promulgado por el Decreto del Ministerio de Justicia de 23/Diciembre/1944 (BOE de 13/Enero/45), según la autorización otorgada por la Ley de 19/Julio/1944, consigna en los Arts. 519 a 527 los tipos delictivos de alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles, sitos en la Sección Primera del Cap. IV (De las defraudaciones) del Tít. XIII del Libro II.

Los tipos penales y las sanciones pasaron al CP de 1973, al que ahora nos referimos:

E) El CP, **Texto Refundido de 1973** (refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15/Noviembre, publicado por el Decreto 3096/1973, de 14/Septiembre (BOE» de 12/Diciembre/1973), siguiendo al de 1944, mantiene la misma colocación sistemática de los precitados delitos, así como las penas previstas para los mismos.

Tales penas oscilan entre la de Arresto Mayor (de un mes y un día a seis meses) y la de Presidio Mayor (de seis años y un día a doce años) en ambos textos legales.

La pena de **Presidio Mayor** se impone al *quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio*. (Art. 520).

Corresponde la pena de **Presidio Menor** (de seis meses y un día a seis años):

A) A quien se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, si fuere comerciante, matriculado o no, y la de arresto mayor, si no lo fuere. (Art. 519).

B) Al quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio. (Art. 521).

C) Al concursado cuya insolvencia fuere resultado, en todo o en parte, de alguno de los hechos enumerados en el Art. 524:

1.º Haber incluido gastos, pérdidas o deudas supuestos u ocultado bienes o derechos en el estado de deudas, relación de bienes o memorias que haya presentado a la autoridad judicial.

2.º Haberse apropiado o distraído bienes ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, comisión o administración.

3.º Haber simulado enajenación o cualquier gravamen de bienes, deudas u obligaciones.

4.º Haber adquirido, por título oneroso, bienes a nombre de otra persona.

5.º Haber anticipado en perjuicio de los acreedores pago que no fuere exigible sino en época posterior a la declaración del concurso.

6.º Haber distraído, con posterioridad a la declaración del concurso, valores correspondientes a la masa.

Se impone la pena de **Arresto Mayor** al concursado cuya insolvencia resultare, en todo o en parte, de alguno de los hechos consignados en el Art. 523:

1.º Haber hecho gastos domésticos o personales excesivos o descompasados con relación a su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia.

2.º Haber sufrido en cualquiera clase de juego pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventurare, en entretenimientos de esta clase, un prudente padre de familia.

3.º Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje cuyo éxito dependa exclusivamente del azar.

4.º Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio de adquisición estuviere adeudando.

5.º Retardo en presentarse en concurso cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo.

En cuanto a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se consignan, como específicas, una atenuante (Art. 527): *en los casos en que la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare al diez por ciento de sus respectivos créditos se impondrán al quebrado o concursado las penas inmediatamente inferiores a las señaladas en los artículos 520 a 525, y dos agravantes: grado máximo de las penas señaladas en esta sección al quebrado o concursado que no restituyere el depósito miserable o necesario (Art. 526) y grado máximo las penas señaladas en los mencionados artículos cuando la pérdida excediere del cincuenta por ciento. (Art. 527).*

Las conductas constitutivas de complicidad se sancionan según el deudor sea o no ejerciente del comercio, en los Arts. 522 y 525.

II. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica alude genérica y someramente a las modificaciones en materia de castigos: *En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.*

El Capítulo VII del Título XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*) del Libro II sanciona las insolvencias punibles en los Arts. 257 a 261 con las siguientes penas:

Prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º.- *A el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*

2.º *A quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

3º.- Al responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente.

4º.- Al deudor que una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto.

Prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses a el que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

Prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses a el que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquéllos.

III. Las reformas más destacadas de LO 10/1995.

Nos referimos ahora a las sustanciales reformas del CP de 1995, en el ámbito que examinamos, que son las operadas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25/Noviembre, la Ley Orgánica 5/2010, de 22/Junio y la Ley Orgánica 1/2015, de 30/Marzo.

A) La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre (BOE de 26/Noviembre/2003) por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, expresa en el apartado octogésimo noveno de su Artículo único: *Se modifica el artículo 259, que queda redactado como sigue: Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.*

Y en el apartado nonagésimo: *Se modifica el artículo 260, que queda redactado como sigue:*

1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. (...).

El apartado nonagésimo primero dispone: *Se modifica el artículo 261, que queda redactado como sigue: El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.*

B) La reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22/Junio (BOE de 23/Junio/2010), expresa en el apartado VII de su Exposición de Motivos que *se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.*

En tal sentido, se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Art. 31.bis "en los supuestos previstos en este Código", enumerándose las penas imponibles en el apartado 7 del Art. 33.

Así, en materia de sanciones, en el precitado apartado de la Exposición de Motivos se dice: *En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose —respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)—, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro*

para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

A ello obedece el Art. Único. Quinto de la Ley Orgánica, que añade un apartado 7 al artículo 33 con el siguiente contenido:

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición

podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

El apartado sexagésimo quinto añade el artículo 261 bis:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.⁷²⁰

⁷²⁰ El nuevo Código Penal contempla este supuesto bajo una rúbrica que reviste una mejor técnica legislativa que el anterior, el cual hablaba "Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencias punibles", lo que parecía dar a entender que había un delito de insolvencia punible distinto de los otros mencionados, siendo así, que al ser todos supuestos concretos que tienen como denominador común una insolvencia punible, la rúbrica es a todas luces más acertada en el actual código punitivo.

Destacan los siguientes aspectos novedosos, a saber:

- En primer lugar, mencionar la ya apuntada novedad, consistente en la denominación más precisa y certera del Título XIII, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", dentro del Libro II, frente a la anterior rúbrica, "Delitos contra la propiedad", orientando hacia un bien o bienes jurídicos objeto de protección de carácter más supraindividual.

En cuanto a las reglas para la determinación de la pena el ap. decimoctavo del Art. Único añade un artículo 66 bis nuevo:

En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.^a a 4.^a y 6.^a a 8.^a del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.^a En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.^a Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá

Asimismo, se separan en capítulos diferentes dentro del citado Título XIII, los capítulos relativos a las “Insolvencias punibles” (Capítulo VII), de los referentes a “Las defraudaciones” (capítulo VI), a diferencia del común tratamiento contemplado en la legislación precedente.

exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del primer número del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

C) Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE de 31/Marzo/2015).

La Ley Orgánica conforma la redacción vigente del Código Penal en la materia que nos ocupa.

En lo que aquí interesa, el apartado XVI de su Exposición de Motivos expresa:

Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Estos grupos de delitos pasan a estar regulados en capítulos diferenciados.

Dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el Derecho comparado: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad.

La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

La nueva regulación se completa con la previsión de un tipo agravado aplicable en los supuestos en los que se causan perjuicios económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda pública y la Seguridad Social. De igual forma, se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo, antes de la declaración del concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente.

Su Art. Único, apartado ciento treinta y nueve, añade un Capítulo VII bis al Título XIII del Libro II, que comprenderá los artículos 259 a 261 bis, con la rúbrica "De las insolvencias punibles".

El apartado ciento cuarenta modifica el artículo 259, que en su ap. 1 señala la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses a quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las conductas que describe.

El Art. 259.2 dispone: *La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia.*

El Art. 259.3 consigna la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses *cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia.*

El apartado ciento cuarenta y uno añade el Art. 259 bis, que agrava las penas previstas en el Art. 259 castigando las conductas descritas con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.

2.ª Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

3.ª Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

El apartado ciento cuarenta y dos modifica el artículo 260, que impone:

A) La pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses al *deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.*

B) La pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses al *deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.*

Ampliando la referencia a las reglas para la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, el apartado treinta y dos del Art. Único modifica la regla 2.^a del artículo 66 bis:

2.^a Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del apartado 1 del artículo 66.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Es cierto que el párrafo 1º de la expresada regla 2ª no es sino un reflejo de la accesoriedad de la pena señalada al partícipe (administrador, representante o dependiente).

Por su parte, el Art. 31 quater consigna eventuales atenuaciones de las penas en catálogo cerrado, siendo las de los apartados a) y c) de contenido sustancialmente coincidente con el de las circunstancias atenuantes genéricas 4ª y 5ª del Art. 21 CP:

Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

IV. Las penas asociadas al delito

Concluida la precedente referencia historiográfica con el examen de la legislación punitiva vigente, resulta, en suma, que las penas señaladas a los delitos consignados en el Cap. VII. bis del Tít. XIII del Libro II (Arts. 259 a 261 bis) del CP vigente son la de **prisión** y la de **multa** a imponer conjuntamente, salvo en los casos de los arts. 259.3 y 260.1, que son de imposición alternativa, bien entendido que las referencias típicas y punitivas de los Arts. 259 a 261 lo son a deudores individuales, limitándose el 261 bis a establecer las penas de multa para las personas jurídicas, como ahora veremos.

1.- A las personas físicas se señala, como más grave, la de prisión de dos a seis años, conjunta con la multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las mencionadas agravaciones específicas del Art. 259 bis, si bien la multa de mayor cuantía es la de **doce a veinticuatro meses** que consigna el Art. 260.2 (conjuntamente con la prisión de uno a cuatro años).

2.- Para la persona jurídica que, *de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis*, sea responsable de los delitos de insolvencia punible, las multas se configuran en el precedentemente citado Art. 261 bis en función de la duración de la pena de prisión señalada al delito cometido por la persona

física⁷²¹, añadiendo dicho precepto: *Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales **podrán** asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*, ya citado, que, como hemos visto, en sus dos últimos párrafos hace las precisiones pertinentes en torno a la intervención judicial de la organización y a la clausura temporal de locales o establecimientos.

V. Las exenciones y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En cuanto a estas, lo dicho ha de entenderse sin perjuicio, naturalmente, de las exenciones, atenuaciones y agravaciones genéricas que pudieren corresponder a las personas físicas en aplicación de los Arts. 19 a 22 del CP, así como de la aplicación de las reglas para la determinación de la pena señalada a

⁷²¹ Recordemos que los Arts. 50 y ss. del CP contienen algunas especialidades respecto de la pena de multa a imponer a las personas jurídicas. Así, el Art. 50.3: *Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años. 4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.*

El Art. 53.5, como excepción a la norma general atinente a la facultad del tribunal de fraccionamiento del pago de la multa en plazo que no exceda de dos años, dispone: *Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.*

las personas jurídicas —genéricamente expresadas en el ya transcrito Art. 66 bis—, con las siguientes precisiones en cuanto a estas últimas:

A) En lo relativo a **exenciones de responsabilidad**, los apartados 2 y 4 del Art. 31 bis las consignan en función del acreditado cumplimiento de las condiciones respectivamente exigidas, tanto cuando el delito fuese cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado 1, cuanto si se comete por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1⁷²².

B) Al catálogo limitado de **atenuantes** del Art. 31 quater, hemos de añadir la plasmada en el Art. 31 bis, apartados 2 y 4 en sus respectivos últimos párrafos, a modo de “exención incompleta”, haciéndose la misma precitada distinción de sujetos activos del delito, y en ambos casos se acredite solamente de modo parcial el cumplimiento de las respectivas condiciones determinantes de la exención de responsabilidad. Tal acreditación solo *será valorada a los efectos de atenuación de la pena*.

Y hemos de destacar que la relevancia que el CP atribuye a la reparación o disminución del daño causado por el delito se manifiesta, tanto para la persona jurídica, en la esfera de la medida de la pena, mediante la atenuación que acabamos de citar en el precedente apartado c) del Art. 31 quater, cuanto, asimismo como eventual atenuante genérica, para la persona física condenada, a tenor del Art. 21.5^a, reparación que en ambos casos ha de efectuarse con anterioridad a la celebración del juicio oral.

⁷²² Para las “personas jurídicas de pequeñas dimensiones” el ap. 3 del Art. 31 bis permite que las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2^a del ap. 2 sean asumidas directamente por el órgano de administración.

Por otra parte, dicha reparación del daño incide notablemente en el ámbito de los requisitos para que el delincuente primario condenado por razón de la comisión del delito de insolvencia punible a pena privativa de libertad de duración no superior a dos años pueda obtener la **suspensión de la ejecución** de tal pena, bien entendido que, como exigencia inicial, el párrafo 1º del Art. 80.1 impone a los jueces y tribunales la consideración de que sea *razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos*, exigiendo por su parte la condición 3ª del Art. 80.2 que se hayan *satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127*, si bien puede bastar que el penado asuma el *compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.*

Añade el apartado 3 del mismo Art. 80: *Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.*

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84.1, precepto este que consigna la facultad del juez o tribunal de condicionar la suspensión ejecutoria de la pena al cumplimiento de ciertas prestaciones o medidas, entre ellas el cumplimiento

del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, considerándose en el apartado 1.2ª como forma de *reparación simbólica*, a la vista de las circunstancias del hecho y del autor, la *realización de trabajos en beneficio de la comunidad*.

Y a propósito de la referida relevancia de la exigencia legal de adecuada reparación de las consecuencias dañosas del delito, en todo caso y con carácter general, podemos decir que la tesis de un Derecho Penal inclinado hacia la víctima, no asume principal y propiamente las finalidades retributiva ni preventiva de la pena, sino otra de presente —aun siendo coexistente con la segunda, en cuanto resultaría injusto hablar de imposición de una pena únicamente justificada o asentada en las necesidades de la víctima—, que es la restauradora, tendente a restablecer el equilibrio en los intereses de la víctima para que la misma recupere su situación o estado precedentes al delito, aun admitiendo que ello puede entrañar —entraña, de hecho— notables dificultades, resultando obvio que, tras ser acreedor sujeto pasivo del delito de insolvencia punible, el perjudicado o víctima ha sufrido tanto las consecuencias del delito en su patrimonio, cuanto el daño inmaterial, moral, que puede seguir sufriendo la víctima con carácter permanente, requiriendo ambos efectos la respuesta judicial adecuada.

C) Las **agravaciones específicas** atinentes al delito de insolvencia punible se expresan, como ya quedó mencionado, en el Art. 259 bis por razón de la concurrencia de alguna de las circunstancias que se enumeran, correspondiendo la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a

veinticuatro meses, frente al tipo básico del Art. 259.1 (prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses)⁷²³.

Contrariamente a tal mención legal de agravaciones específicas, la regulación genérica de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en los Arts. 31 bis y ss. no consigna un catálogo de agravantes, aunque el Art. 66.2 recoge ciertas circunstancias determinantes de una mayor duración de las penas previstas en el apartado 7 del Art. 33, circunstancias que son las referidas a la reincidencia, la multirreincidencia y la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales.

Añadimos que de lo expuesto podemos concluir en que las normas atinentes a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de las personas físicas y de las jurídicas tienen carácter independiente, tanto por razón de lo dispuesto en el Art. 31 ter.2: *La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente*, cuanto por la exclusividad del catálogo de atenuantes aplicables a las segundas, contenido en el Art. 31 quater precitado.

⁷²³ Algunas actuaciones del 259.1 son coincidentes con el alzamiento de bienes pero en este caso se requiere causación dolosa de la insolvencia, mientras que en el 259 se supone que el deudor ya es insolvente.

VI. Las consecuencias accesorias.

El vigente Código Penal trata de eliminar la posibilidad de resquicio alguno que permita al sujeto físico o jurídico condenado mantener en su patrimonio bienes que —directa o indirectamente, inmediata o mediatamente— procedan de la actividad ilícita objeto de condena, con asiento en la conclusión valorativa de "indicios objetivos fundados", no de prueba plena.

Así, el Título VI del Libro I del CP consigna, en los Arts. 127 a 129 bis, las consecuencias accesorias de las penas señaladas a los delitos dolosos y a los imprudentes, expresando los apartados 1 y 2 del Art. 127 que conllevarán la *pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*, bien entendido que respecto del delito imprudente se exige que la pena prevista sea la de privación de libertad superior a un año.

Y en su apartado 3: *Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.*

Por su parte, el apartado 1 del Art. 127 bis expresa: *El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o*

efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: (...) e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.

En su apartado 2 se dice: *A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:*

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos

hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

Por otra parte, frente al carácter imperativo de la dicción del apartado 1 del Art.127 bis (*el juez o tribunal ordenará*), los Arts. 127 ter a 128 establecen el carácter facultativo del decomiso:

A) El primero de ellos consigna los supuestos en que el juez o tribunal podrá acordar el decomiso aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio.

B) En el Art. 127 quater se refiere a los casos en que los jueces y tribunales podrán acordar el decomiso de los bienes efectos y ganancias que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente de los mismos.

C) El Art. 127 quinquies enumera los requisitos, de cumplimiento cumulativo, para que jueces y tribunales puedan acordar el decomiso de bienes efectos y ganancias que provengan de actividad delictiva previa del condenado, ya condenado, a su vez, por alguno de los delitos a que se refiere el Art. 127 bis.1, consignándose los indicios relevantes y fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de dicha actividad delictiva previa, así como las presunciones atinentes a la comisión del delito en el contexto de una actividad delictiva continuada.

D) El Art. 127 sexies amplía el catálogo de presunciones a los efectos previstos en el artículo anterior, si bien el juez o tribunal podrá no aplicarlas cuando en las circunstancias concretas del caso se revelen incorrectas o desproporcionadas.

E) El Art. 127 septies dispone que si, por cualquier circunstancia, la ejecución del decomiso no hubiese podido llevarse a cabo, o el valor de lo decomisado sea inferior al que tenía en el momento de su adquisición, el juez o tribunal podrá acordar el de otros bienes, incluso de origen lícito pertenecientes al criminalmente responsable, por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

F) Finalmente, otra consecuencia accesoria de imposición facultativa es la referida en el Art. 129.1 a los casos de delitos cometidos *en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el Art. 31 bis*, pudiendo imponer el juez o tribunal a las mismas *una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33*, así como acordar *la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita*, precisando el apartado 2 del mismo precepto que tales consecuencias accesorias *sólo podrán aplicarse cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ello sin perjuicio de considerar la relevante precisión en la referencia específica, especial, que hace el ya mencionado Art. 261 bis a las personas jurídicas responsables —de conformidad con el Art. 31 bis— de un delito de insolvencia punible, a las que, atendidas las reglas del Art. 66 bis, ***podrán imponerse las penas*** (no como consecuencias accesorias) *recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del Art. 33*, añadiéndose en este caso, pues, la letra b), referida a la pena de disolución de la persona jurídica.

VII. La "alarma social" y su relevancia —actual o eventual— para la determinación de la pena en el ámbito de los delitos aquí examinados.

La llamada "alarma social" viene sustentándose tanto en la identificación de determinados componentes sociales con las víctimas de ciertos delitos, cuanto en el temor ciudadano a la proliferación de algunas conductas delictivas, causas ambas de todo punto ajenas al autor del hecho ilícito, como le es igualmente ajena la trascendencia social de algunas concretas acciones delictivas, pero que pueden resultar integradas en el marco de la prevención general como finalidad de la pena, aunque se trate de conceptos distintos.

Por otra parte, la alarma social es un peligroso concepto en cuya configuración fluyen elementos como la resonancia mediática general o la específica del periodismo sensacionalista, que alientan el clamor ciudadano exigente de una mayor dureza de las sanciones penales para las conductas de que se trate, lo que se enfrenta con la tesis comúnmente aceptada de que el legislador asume la finalidad de prevención general/intimidatoria de la pena, prescindiendo del supuesto papel del Estado en tranquilizar a la ciudadanía mediante el aumento de la gravedad de las penas.

Ello se dice porque la insolvencia empresarial viene integrando, se quiera o no, —aun ocasionalmente y antes de su calificación como delictiva— el impropio concepto popular de "corrupción", aplicable tanto a quien se enriquece ilícitamente como a quien no paga lo que debe, pero que es generador, a su vez, de la precitada alarma social, toda vez que el ciudadano votante carece, en general, de la capacidad de calificar jurídicamente los hechos, aun siendo plenamente asumible que es el sentimiento popular favorable a las víctimas el determinante en mayor medida de la repetida alarma, tanto más en la esfera de delitos como el de insolvencia punible, cuya

comisión puede generar un notable número de perjudicados económicamente, de imposible o muy difícil resarcimiento en muchas ocasiones.

Sin embargo, la legislación penal vigente nos ofrece, desde la reforma efectuada en el CP por la Ley Orgánica 5/2010 y por la 1/2015, una detallada regulación de la responsabilidad penal de los deudores individuales y sociales cuya insolvencia se declare punible, consignándose penas que, en la combinación de los artículos 31 a 33, 66 bis y 259 y ss. del texto legal, en modo alguno pueden calificarse de leves o benévolas.

Y, además, de la trascendencia de la reparación de los efectos del delito, a que ya nos hemos referido, hemos de citar la específica finalidad preventiva expresada en el Art. 66 bis.1ª en cuanto a las penas señaladas a las personas jurídicas, previstas en el Art. 33.7.b) a g), para decidir sobre cuyas imposición y extensión *habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.*

Y en el apartado b) no se olvida a los eventuales perjudicados, pues a los efectos indicados, también habrá de tenerse en cuenta *sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.*

Finalmente, reiteramos que el CP atribuye relevancia atenuante a la reparación o disminución del daño causado por el delito, tanto para la persona jurídica, en la esfera de la medida de la pena (apartado c) del Art. 31 quater), cuanto, asimismo como eventual atenuante genérica, para la persona física condenada (Art. 21.5ª).

Como consideración final de este apartado, no está exenta de la finalidad preventiva **la prisión provisional** en los casos del Art. 503 de la LECrim. cuando el delito se encuentre sancionado con pena igual o superior a dos años de prisión o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si

el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso, exigiéndose además que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión y que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: *evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima (...) y evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.*

Ello significa que podrá acordarse la prisión provisional del presunto autor de cualquiera de los delitos de insolvencia punible.

Y, queremos advertir que es en este ámbito de la prisión provisional para los investigados en calidad de partícipes en el delito de insolvencia punible, integrado en el referido concepto popular de "corrupción", donde no está de más afirmar la posibilidad cierta de que el Juez Instructor asuma la "alarma social", ordinariamente exasperada por los medios de comunicación, bien entendido que en este mismo ámbito la propia resonancia mediática de ciertos hechos pretendidamente delictivos puede ser —lo es, de hecho— determinante de la resolución inicial que acuerda la prisión provisional.

VIII. La comisión imprudente⁷²⁴

Tal y como hemos manifestado, el Art. 259.3 CP, redactado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, consigna la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses *cuando los hechos se hubieran cometido*

⁷²⁴ A tenor del Art. 12 CP: *Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.*

por imprudencia, previsión que se incluye en la esfera de la responsabilidad de la persona física. Ello significa que la pena de multa que corresponde a la persona jurídica es la de seis meses a dos años, a tenor del Art. 261 bis.c).

A ello hemos de conectar la relevante regla para la determinación de la pena a que se refiere el Art. 66.2: *En los delitos leves y en los delitos imprudentes los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

Para la Fiscalía General del Estado⁷²⁵:

— *Las únicas cuatro conductas imprudentes cometidas por personas físicas en las circunstancias del art. 31 bis susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica son las relacionadas con las insolvencias punibles (art. 259.3), los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331), el blanqueo de capitales (art. 302.2) y la financiación del terrorismo (art. 576.5).*

— *La LO 1/2015 sustituye la condición del apartado 1 b) de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él “el debido control” por el menos exigente requisito de “haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control”. Esta clara disminución de la intervención punitiva permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad (no graves) frente a los que solo caben las sanciones administrativas o mercantiles que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica.*

⁷²⁵ Conclusiones 4ª a 7ª de la Circular de la FGE 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015.

— Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a).

— La exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave puede determinar, además de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por el subordinado descontrolado, que el propio sujeto omitente del control responda también por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que abre la vía del criterio de atribución de responsabilidad de la letra a) del apartado 1, debiendo los Sres. Fiscales mantener, en tales casos, ambos títulos de imputación.

En suma, la eventual exigencia de responsabilidad penal al sujeto físico autor material del delito de insolvencia punible por comisión tanto dolosa como imprudente se concreta en las personas enumeradas en los apartados a) y b) del Art. 31 bis.1, de modo que la responsabilidad de la persona jurídica en tal ámbito viene determinada por responsabilidades individuales:

A) Comisión material del delito por las personas a que se refiere el apartado a), esto es, quienes están autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, siempre que el delito se cometa en nombre y por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto.

B) Comisión material del delito por personas “dependientes” —sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el precedente ap. a)—, por razón de grave incumplimiento por dichas personas físicas de los deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades de los primeros,

siempre que el delito se cometa en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

C) Comisión mediata de un delito doloso —en comisión por omisión— o gravemente imprudente por las personas físicas designadas en el apartado a), por razón de la omisión de sus deberes de supervisión , grupo este de sujetos activos al que se refiere el art. 31, dentro de las actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto vigilancia y control respecto de los “dependientes”, grupo este de sujetos activos al que se refiere el Art. 31 ter.2 como las personas que hubiesen *hecho posibles los hechos por no haber ejercido el debido control*.

Es ilustrativo que , los Arts. 31 bis y ss. no contienen una mención específica de la eventual comisión imprudente de los delitos cometidos por las personas físicas señaladas en los apartados a) y b) del Art. 31 bis.1, bien entendido que la previsión genérica de dicha eventual comisión imprudente por parte del sujeto físico sirve únicamente para considerarla irrelevante respecto de la responsabilidad de la persona jurídica en el precitado Art. 31 ter.2: *La concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado (...), no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

En nuestra vigente legislación penal la capacidad de acciones u omisiones, dolosas o culposas, imputables a una persona jurídica se explica únicamente a virtud de la trasposición conceptual de la responsabilidad: a la persona jurídica se atribuye idealmente —o, si se prefiere, artificialmente— el dolo o la culpa de la persona física que materialmente comete el delito, bien

entendido que eventualmente puede no transmitirse la culpabilidad de aquella a la persona jurídica, cuya responsabilidad criminal podrá subsistir ⁷²⁶.

La imputación objetiva a una persona jurídica de hechos previstos y penados como delito exige, además, por razón de la esencia conceptual de la tipicidad y de la culpabilidad, la conexión con una imputabilidad subjetiva a título doloso o culposo. Dicho de otro modo, la superación del mero objetivismo punitivo impone una vinculación subjetiva: la participación de la persona jurídica en el hecho delictivo activo u omisivo que se atribuye a determinadas personas físicas, en beneficio directo o indirecto de la primera, — representantes legales, administradores y sometidos a la autoridad de los mismos, en los términos del Art. 31 bis. 1.a) y b)— exige una conexión subjetiva entre la persona física y la jurídica que permita el reproche penal a la segunda o, lo que es lo mismo, la transferencia responsabiliza a la persona jurídica.

⁷²⁶ Baste la cita del ya mencionado Art. 31 ter del CP:

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. (...).

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente, esto es, sin perjuicio de las atenuaciones específicamente aplicables a las personas jurídicas.

Tal conexión subjetiva se plasma precisamente, como queda dicho, en la elusión de la exigencia legal que atañe a las personas mencionadas en el apartado a) del Art. 31 bis.1, en cuanto omitentes, dolosa o gravemente imprudente, de sus deberes de supervisión vigilancia y control sobre los dependientes designados en el Art. 31 bis.1.b), omisión que permitió la comisión dolosa o imprudente por los mismos del delito de que se trate, en nuestro caso de la insolvencia punible (Art. 259.3 CP).

El Consejo General del Poder Judicial⁷²⁷ fue muy claro en favor de la autorresponsabilidad por entender que sólo así se elimina la responsabilidad objetiva, advirtiendo que la responsabilidad de la persona jurídica asentada en el delito cometido por la persona física incidiría en el “principio inconstitucional de responsabilidad objetiva”, violentando el “principio jurídico penal de imputación por hechos propios”, señalando que es obligado sustituir la omisión individual del deber de control y dotarle de contenido estructural entendiéndose como referencia a una conducta social de defecto de control u organización, pues únicamente de ese modo nos encontraremos ante un “criterio de imputación a la persona jurídica de su hecho propio y de su propia culpabilidad”.

En suma, el Informe de referencia afirma que atribuir responsabilidad criminal a las personas jurídicas por hechos ejecutados por las personas físicas no significaría sino aceptar una responsabilidad objetiva vedada en nuestro Derecho Penal.

Finalmente, rechazada la posibilidad de comisión imprudente de delitos cuyos tipos contienen elementos subjetivos del injusto y dado nuestro sistema

⁷²⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial del año 2009 sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal.

de *numerus clausus* para sancionar la imprudencia, es claro que la redacción de las conductas que integran los tipos consignados en el Art. 259.1 y 2 permite incidir en el problema de la determinación de los respectivos ámbitos operativos del dolo y la imprudencia dado lo difuso de la frontera entre ambas formas de culpabilidad, siendo así que, pese a no incluirse explícitos elementos subjetivos del injusto en la precitada redacción de los tipos, algunos de ellos se acercan a la imposibilidad o suma dificultad de configurar una modalidad imprudente, desprendiéndose de ello que no cabe una apriorística solución genérica de la delimitación de la precitada frontera, sino la puntual y concreta inferida de la prueba de los elementos fácticos a practicar en sede jurisdiccional.

CONCLUSIONES

A modo de colofón del trabajo desarrollado deseamos recoger de forma sintética las cuestiones más relevantes que destacan en nuestro estudio particular del artículo 259 CP. No pretendemos realizar un análisis exhaustivo de todas las aristas que presenta la insolvencia fraudulenta, sino sólo poner de relieve ciertos aspectos de este delito, como el hecho de que en vez de desaparecer, el nuevo delito concursal fraudulento se ubica en un Capítulo propio, el VII BIS “De las insolvencias punibles”, dentro del Título XIII, considerándolo el Código penal como de naturaleza patrimonial cuyo injusto típico es de lesión.

- I. Como hemos podido advertir en nuestro estudio, a pesar del esfuerzo del legislador, el nuevo tipo del artículo 259 sigue siendo un tipo penal en blanco, pues contiene referencias a la normativa mercantil, *lato sensu*, y contable, extrapenal y de rango inferior a la Ley Orgánica; su redacción parece responder a un afán de facilitar la cooperación penal internacional en el ámbito de la Unión Europea, de ahí la criminalización de conductas previas a la declaración de concurso reveladoras de una administración poco diligente, pero desvinculadas de un estado de insolvencia, sino únicamente unidas a un incumplimiento de ciertas obligaciones mercantiles, pues es un delito que protege el derecho de crédito de los acreedores, aunque su nueva redacción pueda llegar a confundir en cuanto a si se trata de un delito pluriofensivo. En realidad, se sigue protegiendo el crédito y se describen conductas que podrían dañarlo en los momentos previos o posteriores a la declaración de concurso o al incumplimiento de las obligaciones propias de la empresa. Por ello, entendemos que la introducción de la noción del delito por hechos reveladores previos a la declaración de concurso implica un novedoso avance, y entendemos que el legislador acierta al ampliar el espectro de actuación legalmente punible a los momentos y actos preparatorios y constitutivos de la insolvencia del deudor, dándole una mayor protección a los acreedores

damnificados, ya que la protección de actos previos evita situaciones de empeoramiento patrimonial si el deudor decide mantener una aparente solvencia para seguir contratando mientras planea su declaración de concurso, consciente de que no podrá cumplir con sus obligaciones, si bien esta conducta podría cumplir los elementos del tipo de la estafa y de la insolvencia punible.

- II. Las conductas descritas han de valorarse como típicas sólo si contravienen las exigencias de una administración ordenada, pues, por ejemplo, la venta a pérdida no es necesariamente un elemento perjudicial para la empresa ya que como instrumento colusorio en el ámbito mercantil y competencial está prohibido ya que puede suponer la expulsión de los competidores más débiles del mercado.
- III. El concepto de “arriesgada gestión” no es suficiente para determinar la intervención penal según la jurisprudencia, servirán de ayuda los estudios y las elaboraciones teóricas sobre la “*business judgement rules*”, según la cual los jueces no revisarán las decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores sociales si el administrador se ha informado convenientemente antes de tomar la decisión, la actuación no es ilegal o contraria a los estatutos y el administrador no tiene un interés propio en la materia contradictorio con el de la sociedad.
- IV. Hemos podido concluir que la insolvencia punible sigue siendo un delito especial propio cuyo autor será el deudor que haya perjudicado su propio patrimonio en perjuicio de sus acreedores, respondiendo los demás intervinientes como partícipes, con un tipo básico (art. 259) y uno cualificado (art. 259 bis), si bien la falta de una correcta redacción hace redundante el apartado segundo del 259, que perdió la agravación que contenía en el trámite parlamentario de aprobación de la norma. Es de destacar que el administrador concursal podría responder de este delito en caso de sustituir las facultades de los administradores societarios si agrava la insolvencia con una mala praxis profesional que suponga la realización de las conductas descritas en el tipo o de otras que mermen el patrimonio

de la concursada y que el delito podría cometerse en comisión por omisión toda vez que sí puede existir un dominio sobre las causas que producen el resultado, siendo posible imputar al garante cuando tiene la obligación voluntaria, legal o estatutaria de evitar determinado riesgo.

- V. La inclusión de la agravante por razón del número de afectados dentro del tipo beneficia al posible autor, que evita así un incremento de grado de la pena por razón de los numerosos sujetos afectados. Toda vez que el concurso exige de por sí la existencia de varios acreedores el concepto de “generalidad de personas” en el 259 bis CP habrá de interpretarse en el sentido que ya se le venía dando en la agravante del artículo 74.2 CP, pues no bastará para apreciarla que existan unas pocas decenas de acreedores afectados por el procedimiento concursal. La agravación se justifica por razón del número de los sujetos pasivos, del perjuicio económico y de los titulares de determinados créditos concursales (Hacienda y Seguridad Social), siendo esto especialmente criticable, toda vez que ya gozan ambas instituciones de especiales privilegios para cobrar sus créditos con preferencia sobre el resto de acreedores en el ámbito mercantil; son los acreedores que mejor podrían soportar la falta de cobro; y son, en general, los acreedores principales de las sociedades concursadas.
- VI. El injusto típico parte del presupuesto de un patrimonio que no puede cumplir sus obligaciones o ha sido declarado en concurso, a partir del cual se castigan una serie de conductas constitutivas de bancarrota, que pueden suponer la infracción del deber de diligencia, de los deberes contables o una actuación económica injustificada, o, conforme al apartado 9º del 259.1, cualquier otra que suponga un detrimento de tal patrimonio.
- VII. La declaración de concurso no ha desaparecido como requisito, si bien se ha suavizado su papel al incluirse la posibilidad de perseguir este delito cuando se de el incumplimiento de las obligaciones regulares de la sociedad. Consideramos a ambas como condiciones objetivas de perseguibilidad, siendo conscientes del poco pacífico debate que al respecto existe.

- VIII. El dolo directo se erige como el principal elemento volitivo dentro del accionar del deudor, y debe ser probado mediante el catálogo de hechos reveladores que ayuda en su redacción el art. 259. Pero su faz “imprudente” es el hecho más destacable toda vez que el legislador ha introducido una modalidad imprudente junto a la dolosa, lo cuál es una diferencia notable con la anterior regulación del 260 CP que sólo preveía el dolo, si bien, ahora como entonces, no creemos exigible un especial elemento del injusto, como es el ánimo de perjudicar a los acreedores. Así, el apartado 3 del 259 establece una especie de “cláusula general de imprudencia” –sólo existirá comisión imprudente si se prevé expresamente- que contraviene el contenido del artículo en lo que se refiere a exigir el incumplimiento del deber de diligencia con carácter grave. La imprudencia deberá ser grave para ser apreciada, toda vez que ya no existen las faltas en el CP y que algunas de las conductas descritas se castigan también en el ámbito mercantil, lo cual es el motivo principal de crítica, que secundamos, ante la vulneración del principio de intervención mínima y la inclusión de la imprudencia en el tipo subjetivo, pues sólo los más graves ataques deben ser objeto de intervención penal. También se llega a tal conclusión al considerar que la apreciación de la imprudencia en una decisión empresarial tomada en un contexto de estrés, como es el de afrontar una crisis económica, es cuestión verdaderamente compleja de determinar en el caso particular y casi imposible de fijar con carácter general para cada sector empresarial y para cada tipo de empresa, de ahí que la consideración de la imprudencia ha de ser como grave, si es que no ha de derivarse a la vía concursal para que sea valorada exclusivamente en el ámbito de la Sección Sexta del procedimiento concursal.
- IX. Puede darse una situación de doble castigo a las conductas descritas toda vez que varias de ellas se incluyen entre los indicios del artículo 164 LC para poder considerar como culpable un concurso. Si la pieza Sexta se dilucidase con carácter previo (lo que puede suceder fácilmente si el

concurso culmina con una liquidación o convenio anticipados) a la culminación de un proceso judicial penal con una “generalidad de personas” como afectados, podría darse esa doble sanción o una desproporción en la pena cuando, por ejemplo, se trata de irregularidades contables.

- X. En relación a la persona jurídica, a nuestro juicio la implantación de la responsabilidad de los entes morales es tanto como reconocer la incapacidad del Estado para prevenir el delito en todos los ámbitos de la vida social y, en especial, en las estructuras empresariales y lo que en otros países empezó como una colaboración voluntaria, ha llegado al nuestro como una imposición aderezada con muy pocos alicientes y sí muchas amenazas para la empresa y aunque su fundamento se encuentra en la asociación a los fines de prevención del delito que ha padecido la persona jurídica por razón de la modificación de la norma penal, no sólo en su prevención, sino también en su persecución facilitando la investigación y la sanción al autor, entendemos que razones de utilidad práctica hacen soslayar problemas evidentes como puede ser el de la imposible motivación negativa de la norma frente a la persona jurídica, carente en su composición de elementos psicológicos para percibirla.
- XI. Entendemos que nuestro actual sistema de responsabilidad de las personas jurídicas es de responsabilidad por el hecho propio, con exclusión del sistema vicarial, porque no cabe otra posibilidad, una vez comprobada la obligatoriedad, constitucional y legal, de respeto ante la persona jurídica de los mismos principios, derechos y garantías que en el enjuiciamiento penal de la persona física y porque es evidente que la norma busca la cooperación de la persona jurídica en el esclarecimiento de los hechos sucedidos en su seno, razón por la cual no se la ha de sancionar independientemente de cuál haya sido su participación en tales hechos.
- XII. La culpabilidad de la persona jurídica se dará por la ausencia de cultura de respeto a la Ley y el Derecho, que se evidencia en la falta de instrumentos de control y prevención de los delitos que pudieran llegar a

cometerse en su seno, si bien para la acreditación de la causa de exoneración del artículo 31.2 CP no existe un único medio de prueba, coherentemente con las muy distintas circunstancias del conjunto de empresas radicadas en España, por lo que podrá acreditarse la cultura de cumplimiento ínsita en la empresa del modo que mejor convenga a sus circunstancias.

- XIII. El requisito de que se haya actuado en beneficio de la empresa será especialmente complejo de acreditar en un concurso fraudulento, por eso en un sistema de auto-responsabilidad no se justificaría la exigencia de este requisito y sí sólo el de contar con las herramientas adecuadas para prevenir el delito.
- XIV. Se mantiene íntegra la redacción del artículo 261 bis y se señalan penas específicas para este delito cuando el autor sea la persona jurídica que se ciñen a la imposición de multas u otras medidas de índole económica, lo que se nos representa como poco acertado en un contexto de insolvencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M. A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista penal*, nº 18, 2006.
- ALEJANDRE GARCIA, J.A. *La quiebra en el Derecho Histórico español anterior a la Codificación*. Universidad de Sevilla, 1970.
- ALEMÁN MONTERRAL, A. *Insolvencia: Una cuestión de terminología jurídica*. Ed. Tórculo Ediciones. 2010.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia”, en Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas, 2015.
- ALONSO ÁLAMO, M., “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios penales y criminológicos*, n.º 29, 2009.
- ALONSO-MARTÍNEZ, C. B., “Mercado, Estado y Economía Mundial”, *Revista de economía mundial*, n.º 1, 1999.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *Curso de Derecho Romano, Tomo I. Cuestiones Preliminares. Derecho Procesal Civil-Romano*, Madrid, 1955.

- ANDRÉS, F.J. *Recensión al libro “La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica” de Ana Alemán Monterreal*. Anuario de Derecho Concursal. Parte Recensión. Nº.24, 2011.
- ANTÓN ONECA, J. *Los antecedentes del nuevo Código Penal*. Revista general de legislación y jurisprudencia. Vol. 78. Nº. 154, 1929.
- ANTÓN ONECA, J. *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal Español*. Anuario de Derecho Penal. Nº.25, 1972.
- ARIZA COLMENAREJO, M. J.; GALÁN GONZÁLEZ, C., *Reflexiones para la reforma concursal*, Reus, Madrid, 2010.
- AYALA DE LA TORRE, J. M., *Compliance*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016.
- BACIGALUPO SAGESSE, S., “La reforma de los delitos de insolvencias punibles en el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 18, 2013.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013”, *Diario La Ley*, n.º 8303, 2014.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *Diario La Ley* núm. 7442, 9 Jul. 2010

- BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, 2ª, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BALDOMINO DÍAZ, R. A., “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 7, 2009.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I, F. *Frustración en la ejecución en insolvencias punibles*. Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Parte especial, 2015.
- BLANCO CORDERO, I.; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *El Delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- BUEREN RONCERO, J., *Insolvencias punibles. II Jornadas Nacionales sobre el Derecho Concursal*. Centro de Estudios Superiores Jurídico-Empresariales, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.

- BUSTOS RAMÍREZ, J. J., “Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 1, 1990.
- CABALLERO BRUN, F., *Insolvencia punibles*, Iustel, Madrid, 2008.
- CABEZUELA SANCHO, D., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un nuevo escenario empresarial”, en *Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011
- CABRERA CALVO-SOLELO, M. *Las Cortes Republicanas*. En Política en la Segunda República. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- CAMACHO, A. y URÍA, A., “El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de “corporate compliance” de las personas jurídicas”, *Diario La Ley* núm. 3328/2015, 19 de Mayo 2015, p.16.
- CANESTRARI, S., “«Riesgo empresarial» e imputación subjetiva en el derecho penal concursal”, en *Temas de derecho penal económico, 2004*, Trotta, 2004.
- CARBONELL MATEU, J.C. Y MORALES PRATS, F., “Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- CASTRO MARQUINA, G., *La necesidad del derecho penal económico: su legitimidad en el estado social y democrático de derecho*, B de F, Montevideo, 2016.

- CERES MONTÉS, J, F. Perspectiva jurídico-penal del Derecho concursal: la insolvencia punible. Revista LA LEY, 1995.
- CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 10, 2002.
- COBO DEL ROSAL, M.; Cuadernos de Política Criminal Número 106, I, Época II, abril 2012.
- COBO DEL ROSAL PÉREZ, G. *El proceso de elaboración del Código Penal de 1928*. Anuario de historia del derecho español. N.º. 82, 2012.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, J., “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 34, n.º 2, 1981.
- CORRAL MARAVER, N. *Las penas largas de prisión en España: Evolución histórica y político-criminal*, 2015.
- CUBEROS GÓMEZ, G. *Insolvencia: Evolución de un concepto*. Revista de Derecho Privado. N.º.34. Junio 2005.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, n.º 4, 1982.

- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *El nuevo delito de bancarrota*. La Ley Penal. Sección Estudios. Nº. 120, 2016.
- DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, núm. 1 del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103, 2011
- DEL ROSAL BLASCO, B., Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código penal. “La Nueva Delincuencia (I)” del Plan Estatal de Formación para 1993 del Consejo General del Poder Judicial, 1993.
- DEL ROSAL BLASCO, B., “Las insolvencias punibles a través del análisis del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1994.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Universidade da Coruña, 1998.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revista electrónica de la AIDP*, 2011.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. *La ejecución de sentencias dinerarias en las partidas*. UNED. Revista de Derecho UNED. Nº.11, 2012.
- DÍAZ PITA, El dolo eventual, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena.”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México)*, vol. 35, n° 103, 2002.
- DOMINGO OSLÉ, R. *Álvaro D’Ors: una aproximación a su obra.*, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N°. 26.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “El patrimonio como instrumento técnico jurídico”, *Anuario de derecho civil*, vol. 36, n.º 4, 1983.
- ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Editorial Bosch, 1976.
- ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B.; MUÑOZ CONDE, F., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela, 2003.

- FARALDO CABANA, P. *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo III*. Ed. Tohmson Reuters, 2015.
- FARALDO CABANA, P., *Los Delitos Societarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Civitas, 2005.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Crisis económica y concursos punibles”, *Diario La Ley*, nº 7178, 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La normativización del derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?” en *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Universidad Externado de Colombia, Argentina, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “*Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*”, dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012.

- FERRER BARRIENDOS, A. *Repercusiones concursales del nuevo Código Penal*. Cuadernos de Derecho judicial. Nº.5, 1996.
- FRANCO, L.; GUILLÉN, F. *Instituciones de derecho civil aragonés*. Ed. M. Peiró, 1841.
- GALÁN GONZÁLEZ, C.; ARIZA COLMENAREJO, M.A. (coord.) (VVAA). *Reflexiones para la reforma concursal*. Ed. Rústica, Madrid, 2010.
- GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico: parte general*, Grijley, Lima, 2007.
- GARCIA CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*. Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- GARCÍA CRUCES, J.A. *Concurso culpable*. En Comentario de la Ley Concursal. Ed. Civitas. Madrid, 2004.
- GARCÍA CRUCES, J.A. *Comentario al artículo 164 de la Ley de Concursal*. En Comentarios a la Ley Concursal. Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.
- GARCIA GALLO, A. *Manual de historia del derecho español: Metodología histórico-jurídica. Antología de fuentes del derecho español*. Vol. II. Ed. Artes gráficas y ediciones, 1964.
- GARCÍA LÓPEZ, Y. *La tradición del Liber Iudiciorum: Una revisión*. De la antigüedad al medievo: Siglos IV-VIII. Fundación Sánchez-Albornoz, 1993.

- GARCÍA POSADA, M.; Vegas, R., “Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión”, *Papeles de economía española*, nº 151, 2017.
- GARCÍA RIVAS, N., “Insolvencias punibles”, en *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA RIVAS, N., “Reflexiones sobre responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera”, en *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, Ratio Legis, 2014.
- GOMEZ JARA DIEZ, C. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley, Madrid, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, F. *Insolvencias punibles y Ley concursal*. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto. Vol. 53. Nº.1, 2005.
- GÓMEZ MARTÍN, V. & NAVARRO MASSIP, J. *La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español*. Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Comentario. Nº. 1/2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Penas a personas jurídicas” en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Edición 1º. Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C. *Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad penal de la empresa”, Ed. Marcial Pons, Madrid 2005.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., Diccionario jurídico, Dykinson, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ, M.I.; Comentarios al Código penal, tomo VIII, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Insolvencias punibles*. Suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles: Doctrina, jurisprudencia y formularios. Valencia, Tirant lo Blanch. Vol. III, 2001.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; Evangelio, Á. M.; Royo, E. G.; Souto, M. A.; Rimo, A. A.; Jiménez, E. B.; y otros, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; VVAA, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VIII): frustración de la ejecución e insolvencias punibles”, en *Derecho penal parte especial*, 4 actualizada a la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- GONZÁLEZ RUS, J. J., “Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 35, n° 3, 1982.
- GRACIA MARTIN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la critica del discurso de resistencia: A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Tirant lo Blanch, 2003
- GUERRA MARTIN, G., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011.
- HEFENDEHL, R., “El bien jurídico: imperfecto pero sin alternativa”, en *Estudios penales en homenaje a Hefendehl* Vol. 1, Edisofer, 2008.
- HEFENDEHL, R., *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016.
- HUERTA TOCILDO, S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 13, n° 39, 1993.
- HUERTA TOCILDO, S., “Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)*, 1999, Comares, 1999.

- HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, 1980.
- JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G.; Cancio Meliá, M., *Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Arg., 2001.
- JIMÉNEZ, E. C., “La «teoría material del bien jurídico» del sistema Bustos / Hormazábal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, n.º 0, 2015.
- JIMENEZ DE ASUA, L. & ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal, conforme al Código de 1928. Edición II. Parte Especial*. Madrid. Ed. Reus, 1929.
- JORGE BARREIRO, A., “El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 2, 2003.
- KIERSZENBAUM, M., “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y ensayos*, vol. 86, 2009.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Manual de derecho penal: parte especial*, Colex Editorial, Madrid, 2001.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Las quiebras punibles*, Bosch, Barcelona, 1970.

- LASCURAÍN, J.A., “Compliance, debido control y unos refrescos”, en *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2001.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, *Revista chilena de derecho*, vol. 22, nº 2, 1995.
- LAURENZO COPELLO, Dolo y conocimiento, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LLOBET ANGLÍ, M., “Administradores sociales y colisión de deberes: información a los socios vs. secreto empresarial”, *Diario La Ley*, nº 7409, 2010.
- LÓPEZ, V.G. La reforma del derecho concursal alemán. RDCO, 1985-B-39.
- LORENZO SALGADO, J.M., en BOIX, J. (Dir.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, 2008.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.
- MARTÍN, S. & PEDRO CORTÉS, J. *El delito concursal tras la reforma del Código Penal vs el concurso punible*. *Revista La Ley*. Nº.8618. Sección Tribuna, Octubre, 2015.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito societario de administración fraudulenta, estudios penales y criminológicos XXIV, 1994.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, Estudios penales y criminológicos XXIV, 2004.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, Revista General de Derecho Penal, en L.H. Ruiz Antón, Valencia, mayo de 2004.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El delito de insolvencia del artículo 260 CP, tras la nueva ley concursal”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte general, 2ª ed., Valencia, 2007.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, 2ª ed., Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Los hechos de concurso culpable*. La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. Ed. Civitas, 2013.
- MAZA MARTIN, J.M: “Las Insolvencias punibles”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, (CGPJ), Madrid, 1999.
- MÉNDEZ NIETO, J. /AGRAZ CASLA, D., “Insolvencias punibles”, La Gaceta de los Negocios, 2004.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal: parte general*, Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 14, 1989.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible: ¿una solución penal a un problema mercantil? : (análisis del artículo 260 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *El Delito Concursal punible tras la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MORENO VERDEJO, J., “El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales”, Vol. II, Diario Expansión, Madrid, 1996.
- MORENO VERDEJO, J.; “El tratamiento de las Insolvencias en el nuevo Código Penal”. Ed. Recoletos Cía. Editorial, S.A.; (Expansión), 1996. Universidad Internacional de Andalucía, 2013.

- MUÑOZ CONDE, F. y MOYA AMAYA: Alzamiento de Bienes, 1995.
- MUÑOZ CONDE, F.; Derecho Penal, Parte especial, 11ª ed., Tirant lo Blanch, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F. J., “El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 10, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., “Entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F. J.; Arán, M. G., *Derecho penal. Parte general*, 9ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Partes especial*, 20ª ed. revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MÜSSIG, B., “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos jde una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 9, 2002.
- NAVARRO MASSIP, J. *Las personas jurídicas y su responsabilidad penal*. Revista Aranzadi Doctrinal. Parte Comentario Nº. 7, 2014.

- NIETO MARTÍN, A. *El delito de quiebra*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- NIETO MARTIN, A., “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?” *Revista de Derecho Penal*, n.º 19, 2007.
- NÚÑEZ PÉREZ, M.G. *Bibliografía sobre la II República española (1931-1936)*. Madrid. Fundación Universitaria Española, 1993.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal: aspectos penales y civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- OLIVENCIA, M., “Las reformas de la Ley concursal”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 16, 2012.
- OLIVA GARCÍA, H.; AYALA GÓMEZ, I, “Memento penal económico y de la empresa”, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- ORDUÑA MORENO, F.J. *La insolvencia*. Tirant lo Blanch, Valencia. N.º. 62, 1994.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *Presupuestos de la responsabilidad de la persona jurídica*. En MEMENTO: Penal empresa Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011.
- PAJARDI, PIERO. *Derecho Concursal*. Ed. Abaco. t. I, Buenos Aires, 1991.

- PALITOT BRAGA, R. R., “Reflexiones sobre las teorías del bien jurídico protegido en materia penal”, *ECA: Estudios centroamericanos*, n.º 684, 2005.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido en derecho penal: (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 20, 2006.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales”, en *Estudios de derecho penal económico*, Ed. Livrosca, 2002.
- PAWLIK, M., “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2016.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., en ARIZA COLMENAREJO, M. J. / GALÁN GONZÁLEZ, C. (Coords.), *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Vol. 2, Madrid, 2010.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. *Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. Nº.11, 2016.
- PÉREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

- PÉREZ LUÑO, A.-E., *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- PERONE, G., “El acceso de los administradores «no ejecutivos» a la información social en el ordenamiento italiano.”, *Revista de Derecho Privado*, nº 25, 2013.
- PRADO SALDARRIAGA, V., “Constitución, derecho y principios penales”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 43, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, nº 65, 2003.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.; Gimbernat Ordeig, E., *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Espasa Calpe, Madrid, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, G.; Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Navarra: Aranzadi, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, G.; El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzadi, 2001.
- QUINTERO OLIVARES (Dir.), G.; Morales Prats (Coord.), F., *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999.

- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); Morales Prats (Coord.), F., *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 7ª, Aranzadi SA, Pamplona, 2008.
- RAMOS HERRANZ, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de derecho civil*, vol. 59, nº 1, 2006.
- RAMOS RUBIO, C., “Las insolvencias punibles en el Código Penal de 1995”, *Partida doble*, nº 69, 1996.
- RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, Ministerio del Interior, Madrid, 2008.
- RAPÚN GIMENO, N. *La insolvencia en el derecho histórico aragonés. La quiebra. Siglos XVI-XVIII*. Ed. Civitas. 2011.
- REMON PEÑALVE, E. *Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo*, 2015.
- REYES ROMERO, J., “Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva”, *Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva*, 2015.
- RIBAS FERRER, V., “Artículo 225. Deber de diligente administración”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Vol. 1, 2011 (TOMO I), Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de derecho de sociedades*, nº 38, 2012.

- RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de derecho*, 4, Bosch, Barcelona, 2012.
- RIVERA, J.C. Instituciones de Derecho Concursal. Rubinzal Culzoni. 2º ed. t. I., Rosario, Argentina, 2003.
- ROCA AGAPITO, L., “Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)”, *Anuario de derecho concursal*, 2010.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; Esteban Velasco, G., “El deber de diligencia”, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.
- RODRIGUEZ DEVESA, J. M., “Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 1 enero-marzo, 1960.
- RODRÍGUEZ MORENO, F., *La expansión del derecho penal simbólico*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2013.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, en *Dogmática y ley penal : libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, 2004, Marcial Pons, 2004.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 7, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el

delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”. Diario La Ley, núm. 7561, 3 de Feb. 2011.

- RODRÍGUEZ PADRÓN, C. *Las insolvencias punibles en la reforma del Código Penal*. La Ley Penal. Sección Legislación. Nº. 117 Noviembre-diciembre. Editorial Wolters Kluwers, 2015.
- ROJO, A., “Insolvencia”, en BELTRÁN, E. / GARCÍA-CRUCES, J. A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo II, Navarra, 2012.
- ROJO, A./BELTRÁN, E., en MENÉNDEZ y ROJO, A. (Dirs.)/APARICIO, M. L. (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Madrid, 2012.
- ROMA VALDES, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Rasche y Pereira-Menaut. Madrid, 2012.
- ROMÁN DEL RÍO , C., “El papel del Estado en una economía de mercado”, en *La política económica en el horizonte del siglo XXI: homenaje a José Jané Solá, 1998*, Universidad de Málaga (UMA), 1998.
- ROSENDE VILLAR, C. *Comentario al art. 164 de la Ley Concursal*. Aranzadi. Grandes Tratados. Comentarios a la Ley Concursal (Tomo II), 2009.
- ROXIN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 15, 2013.

- SAGRERA TIZÓN, J.M. *La insolvencia provisional y definitiva en los expedientes de suspensión de pagos: Declaración de la quiebra del deudor*. Revista General de Derecho. Nº. 517, 1987.
- SALINERO ALONSO C. *El sistema de penas en el Código Penal de 1995*. Jueces para la democracia. Nº. 30, 1995.
- SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de la acción, Buenos Aires, 1991.
- SÁNS DE PIPAÓN Y MENGES, F.J. *El Código Penal de 1995 y el principio histórico*. Cuenta y razón. Nº. 99, 1996.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R.; DEMETRIO CRESPO, E., *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2008.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D., “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros.”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, 2005.
- SIEBER, U., “Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en “El Derecho Penal económico en la era compliance”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SILVA MELERO, V., “Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 1, 1948.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero: (ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, (Homenajes y congresos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las «Leyes en Blanco»”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 16, 1992.
- SOUTO GARCÍA, E. M., “Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995”, Universidad de Coruña, La Coruña, 2008.
- SOUTO GARCÍA, E. M., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 2009.
- SOUTO GARCÍA, M., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997.

- SZCZARANSKI, F., “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra.”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 14, 2012.
- TERRADILLOS BASOCO, J-M., *Insolvencias punibles: en torno a la STS (2ª) de 10 de junio de 1999*. Revista de Derecho Social, Nº9, Ed. Bomarzo, 2000.
- TERUELO, J. G. F., *Instituciones de derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters, 2013.
- THOMÁS PUIG, P. *La doble contabilidad como presupuesto de la calificación del concurso culpable*. En *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Ed. Aranzadi. Enero, 2013.
- THOMAS, J.A. *Desarrollo del Derecho criminal romano*. Anuario de historia de derecho español. Nº.32, 1962.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés*. Anuario de Historia del Derecho Español. Nº. 30, 1960.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXX, nº Numero 1, 1960.
- URQUIZU MEJÍAS, O, J & OBARRIO MORENO, J, A. *La quiebra y el concurso de acreedores: origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español*. Universitat de València. Valencia, 2012.

- VALLEJO JIMÉNEZ, G. A., “Aproximación al concepto de imprudencia”, *Nuevo derecho*, vol. 5, nº 6, 2010.
- VASCO MOGORRÓN M.C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista jurídica de la Comunidad de Madrid. Nº. 12, 2002.
- VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Ed. La Ley. Getafe, 2008.
- VERDÚ CAÑETE, M. J., “Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores”, *Revista Lex Mercatoria*, nº 1, 2015.
- VIVES ANTÓN, T. S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Valencia, 1998.
- ZAFFARONI, E.R – ALAGIA, A. – SLOKAR, A., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Año 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ

NOTICIAS Y MATERIALES CONSULTADOS EN INTERNET

- ALCÁCER GUIRAO, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 4-8, 2002, fecha de consulta 4 mayo 2015, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html.
- “El salario medio en cada comunidad de España y cada país de la UE”, *La Vanguardia*, fecha de consulta 8 diciembre 2016, en <http://www.lavanguardia.com/vangdata/20150519/54431721672/salario-medio-espana-ue.html>.
- “Salario Mínimo Interprofesional 2017”, fecha de consulta 8 diciembre 2016, en <http://www.salariominimo.es/>.
- EFE, “Torres-Dulce ve rasgos «autoritarios» en la reforma del Código Penal”, *EL MUNDO*, 2015, fecha de consulta 2 junio 2015, en <http://www.elmundo.es/espana/2015/05/29/556816d5268e3e82518b456e.html>.
- “España - Salario Medio 2016”, *datosmacro.com*, fecha de consulta 8 diciembre 2016, en <http://www.datosmacro.com/mercado-laboral/salario-medio/espana>.
- “Nota de prensa. Procesos concursales”, , fecha de consulta 8 diciembre 2016, en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0316.pdf>.
- “Reflexiones Sobre La Teoría Final De La Acción”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 10-01 (2008) – <http://criminet.ugr.es/recpc>.

JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 20 de julio de 1993

STC de 17 de Diciembre de 2012

STC de 7 de Octubre de 2013

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

SALA SEGUNDA

STS de 4 de junio de 1957

STS de 17 de noviembre de 1960

STS de 4 de abril de 1963

STS de 7 de diciembre de 1967

STS de 24 de septiembre de 1969

STS de 20 de febrero de 1970

STS de 8 de noviembre de 1975

STS de 2 de abril de 1976

STS de 16 de diciembre de 1982

STS de 6 de mayo de 1983

STS de 20 de mayo de 1983

STS de 24 de febrero de 1984

STS de 27 de noviembre de 1987

STS de 8 de noviembre de 1989

STS de 30 de enero de 1991

STS de 23 de marzo de 1991

STS de 23 de abril de 1992

STS de 25 de febrero de 1995

STS de 2 de febrero de 1994

STS de 24 de junio de 1994

STS de 22 de diciembre de 1995

STS de 14 de marzo de 1996

STS de 10 de enero de 1997

STS de 12 de febrero de 1997

STS de 15 de mayo de 1997

STS de 15 de diciembre de 1997

STS de 10 de junio de 1999

STS de 5 de noviembre de 1999

STS de 10 de diciembre 1999

STS de 10 de enero de 2000

STS de 30 de junio de 2000

STS de 16 de octubre de 2000

STS de 26 de diciembre de 2000

STS de 29 de diciembre de 2000

STS de 9 de abril de 2001

STS de 27 de noviembre de 2001

STS de 8 de marzo de 2002

STS de 15 de marzo de 2002

STS de 15 de abril de 2002

STS de 25 de octubre de 2002

STS de 5 de marzo de 2003

STS de 14 de mayo de 2003

STS de 24 de junio de 2003

STS de 22 de julio de 2003

STS de 10 de noviembre de 2004

STS de 11 de abril de 2005

STS de 13 de abril de 2005

STS de 3 de octubre de 2005

STS de 6 de junio de 2006

STS de 15 de junio de 2006

STS de 20 de junio de 2006

STS de 4 de julio de 2006

STS de 26 de julio de 2006

STS de 26 de enero de 2007

STS de 25 de mayo de 2007

STS de 2 de febrero de 2009

STS de 4 de febrero de 2009

STS de 8 de abril de 2009

STS de 11 marzo de 2010

STS de 25 de junio de 2010

STS de 13 de julio de 2010

STS de 22 octubre de 2010

STS de 17 de noviembre de 2011

STS de 14 de marzo de 2014

STS de 26 de junio de 2014

STS de 12 de enero de 2015

STS de 2 de junio de 2015

STS de 24 de junio de 2015

STS de 2 de septiembre de 2015

STS de 29 de febrero de 2016

STS de 16 de marzo de 2016

SALAS TERCERA Y CUARTA

STS (Sala 3ª) de 20 de noviembre de 2000

STS (Sala 4ª) de 18 de febrero de 1981

STS (Sala 4ª) de 30 de mayo de 1981

STS (Sala 4ª) de 15 de julio de 1982

STS (Sala 4ª) de 1 de marzo de 2007

STS (Sala 4ª) de 26 de septiembre de 2007

STS (Sala 4ª) de 28 de septiembre de 2011

RESUMEN

La incidencia del derecho penal en las relaciones económicas y en la vida empresarial y societaria, especialmente en situaciones de crisis , ha suscitado multitud de estudios en estos años del siglo XXI y profundos cambios legislativos, realidad a lo que no ha sido ajeno nuestro sistema jurídico . Buena prueba lo constituyen las muy profundas reformas del Código Penal, de la Ley Concursal y la sustitución de la Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas por la Ley de Sociedades de Capital desde el año 2000 hasta el presente.

Los delitos de índole económica gozan en este segundo decenio de una especial atención en la Academia y en el Foro, que en el caso de España se ve incrementada por la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal del año 2010.

Los incentivos de las personas jurídicas para colaborar con las autoridades en la prevención, investigación y sanción de conductas que puedan llegar a ser consideradas delictivas –entre las que se encuentra la insolvencia fraudulenta– y el ámbito de su responsabilidad, es un campo que no ha hecho sino comenzar a abrirse al trabajo de la jurisprudencia y la doctrina, que se va a ver enfrentada a la muy necesaria delimitación del alcance del derecho de defensa, que viene padeciendo una significativa merma con cada reforma legislativa, en relación tanto a las personas jurídicas como físicas, así como también con relación a la descripción de las conductas.

La amplia reforma que el Título XIII del Libro II de este texto legal ha sufrido en el año 2015 nos ha inclinado al análisis de la insolvencia punible, en este trabajo se aborda el estudio de los aspectos fundamentales del tipo, sin perder de vista el acervo histórico de esta figura, pues el tipo reformado del año 2015 tiene más de recuperación de la tradición legislativa penal anterior al año 1995 que de verdadera novedad, por ejemplo, en lo que se refiere al

establecimiento de un límite objetivo para la valoración de la gravedad de la conducta típica.

Se estudian aquí los aspectos más relevantes de la reforma del artículo 259 CP: bien jurídico, conductas típicas, tipo subjetivo, la autoría y la pena y de los artículos que lo siguen en el Capítulo y que complementan la redacción del mismo con un tipo agravado y la responsabilidad de las personas jurídicas en este delito, a las que se señalan penas específicas por esta conducta.

Tras nuestro estudio concluimos, entre otras cosas, que a pesar del esfuerzo del legislador por delimitar el contenido del tipo, en realidad nos seguimos encontrando ante un delito especial propio y un tipo penal en blanco; no puede considerarse un delito pluriofensivo sino que el bien jurídico que se defiende es el derecho de crédito de los acreedores; es un avance la tipificación de conductas previas al concurso, pero la excesiva relación con el derecho mercantil afecta al principio de legalidad penal; se recuperan determinadas características del tipo que ya existían en la regulación previa al Código penal de 1995 y se incluyen dos novedades llamativas como son la introducción del tipo imprudente y la responsabilidad de la persona jurídica por este delito, estableciéndose penas concretas para ello.

ABSTRACT

The incidence of criminal law in economic relations and corporate life, especially in crisis situations, has encourage many studies in these years of the twenty-first century as well as profound legislative changes. The very profound reforms of the Criminal Code, the Bankruptcy Law and the replacement of the Laws regarding Limited and Anonymous Corporations by the Corporations Law, from the year 2000 to the present, are a good proof.

In this second decade, the White Collar crimes enjoy special attention in the Academy and in the Legal Practice, which in the case of Spain is increased by the extension of the criminal responsibility to the legal entities in the reform of the Penal Code in the year 2010.

The incentives of legal persons to collaborate with authorities in the prevention, investigation and punishment of conduct that may be considered criminal -including fraudulent insolvency- and the scope of their responsibility, is a field that has just begin to open up to the work of jurisprudence and doctrine, which will be confronted with the much-needed delimitation of the scope of the right of defense, which has been suffering a significant decrease with each legislative reform, in relation to both legal and physical persons, as well as in relation to the description of the behaviors.

The broad reform that the Title XIII of Book II of this legal text has suffered in 2015 has inclined us to the analysis of fraudulent insolvency, in this work the study of the fundamental aspects of the type is addressed, without losing sight of the reformed type of the year 2015 has more of a recovery from the criminal legislative tradition prior to 1995 than of a real novelty, for example, with regard to the establishment of an objective limit for the valuation of the typical behavior.

This essay deals with the study of the most relevant aspects of the reform of article 259 – legal protected asset, typical behaviors, subjective type,

authorship and punishment- and the articles that follow it in the Chapter, that complement the wording of the article 259 with an aggravated crime and the responsibility of legal persons in this crime, which are punished specifically for this conduct.

After our study we concluded, among other things, that in spite of the effort of the legislator to delimit the content of the type, in fact we are still faced with a special and blank criminal type; Can not be considered a multi-offense crime, since the legal right defended is the right of creditors; The characterization of pre-bankruptcy behavior is an advance, but the excessive relationship with commercial law affects the principle of the rule of criminal law; Certain characteristics of the type that already existed in the previous regulation to the Penal Code of 1995 are recovered and two striking novelties are included as they are the introduction of the imprudent type and the responsibility of the legal person by this crime, establishing concrete penalties for this.